

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

JUSTIÇA MEDIÁTICA E PREVENTIVA

ADRIANA SILVA MAILLART

JAMILE BERGAMASCHINE MATA DIZ

MAURO JOSÉ GAGLIETTI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

J961

Justiça mediática e preventiva [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Adriana Silva Maillart, Jamile Bergamaschine Mata Diz, Mauro José Gaglietti – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-060-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Mídia. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

JUSTIÇA MEDIÁTICA E PREVENTIVA

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresentamos este livro produto dos dezenove trabalhos apresentados no GT de Justiça Mediática e Preventiva na 24ª edição do CONPEDI em Aracajú (Sergipe) em junho de 2015. O tema deste GT ganhou relevância e, já há algum tempo, sentia-se a necessidade de um ambiente próprio para a discussão dos meios adequados de resolução de controvérsias, tendo em vista, principalmente, o aumento do número e a qualidade dos artigos apresentados nesta área. Assim, por iniciativa dos coordenadores dos GTs de Acesso à Justiça e da Diretoria do Conselho Nacional de Pós Graduação e Pesquisa em Direito entendeu-se relevante a criação de um GT específico para tratar das formas consensuais de solução de conflitos.

A criação deste novo GT coaduna com um momento importante pela qual passam as ADRs no Brasil, principalmente, com a aprovação da Lei nº. 13.129/2015, que amplia a aplicação da arbitragem; da sanção do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que traz capítulo específico sobre a mediação e conciliação e diretrizes para as audiências conciliatórias e mediáticas; e também da tão aguardada promulgação da Lei Brasileira de Mediação (Lei nº. 13.140, de 26 de junho de 2015).

Desta maneira, o Conpedi, atento às transformações no âmbito jurídico e social, vem, uma vez mais, responder aos anseios e às demandas da sociedade acadêmica, criando um veículo para tratar das discussões oriundas dos cursos de pós-graduação e pesquisas em Direito. Isto reflete, sem dúvida, na importância essencial do Conpedi como instrumento de encontro, discussão, reflexão e divulgação dos trabalhos realizados em cenário nacional e internacional.

Assinala-se, assim, que ficamos muito felizes com a incumbência de coordenarmos a primeira edição deste GT voltado à Justiça Mediática e Preventiva. Ao todo, como ressaltado anteriormente, foram 19 trabalhos apresentados, destacando-se que todos os autores e autoras marcaram, significativamente, presença. O debate foi conduzido de modo a facilitar a comunicação, o diálogo e o entendimento entre as pessoas interessadas, todos com grande envolvimento pessoal, profissional e afetivo com os temas abordados e revelam o estágio das pesquisas no que se refere à cultura da autocomposição dos conflitos emergentes na sociedade brasileira, enfatizando-se, nesse caso, os aspectos associados ao litígio na esfera do

Poder Judiciário, e fora, na intervenção junto aos conflitos de interesse cujas partes ao procurarem os núcleos de prática jurídica e as câmaras arbitrais (Lei 9.307/96) tendem a acessar à justiça de um modo mais abrangente e eficiente.

A temática em tela encontra-se em voga em virtude do papel que passa a exercer a mediação na conjectura do Código de Processo Civil (CPC) que vigorará no Brasil a partir de março do próximo ano na medida em que está em harmonia com o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, a institucionalização da mediação no Brasil torna-se extremamente relevante, sobretudo, por abordar extrajudicialmente e judicialmente - os conflitos associados à parentalidade e à conjugalidade no âmbito das famílias brasileiras. Assim, salientam-se os tópicos presentes no novo Código de Processo Civil e na Lei da Mediação aprovados recentemente para refletir acerca da necessidade da preparação cultural do conjunto da sociedade, das famílias e dos profissionais do Direito.

Nessa senda, percebe-se que há um incentivo ao diálogo e ao entendimento, voltando-se, assim, para a busca de um acordo. Provavelmente, a instalação da mediação por via institucional, estatal, e, sobretudo, o seu entendimento e a sua implementação poderá colaborar com a alteração da cultura do litígio expresso, em grande medida, pela judicialização de todas as controvérsias que ocorrem no âmbito social, e, ao mesmo tempo, poderá reduzir a quantidade de processos, que se arrasta junto ao Poder Judiciário há muitos anos. Ao mesmo tempo, nota-se a preocupação segundo a qual é necessário pensar para além da legislação, sobretudo, em relação à singularidade dos operadores do Direito no Brasil. Assinala-se, nesses termos, que o direito que vigora no País possui entre as suas fontes os princípios gerais que também interferem na criação da lei e, principalmente, na sua efetivação (ou não efetivação) ao concretizar materialmente o direito entendido aqui como o acesso à justiça enquanto direito fundamental dos direitos fundamentais.

Pode-se afirmar que, se inicialmente o movimento de acesso à justiça buscava endereçar conflitos que ficavam sem solução em razão da falta de instrumentos processuais efetivos, voltando-se inicialmente a reduzir a denominada litigiosidade contida. Hoje, atenta-se para o fato de a processualística voltar-se a resolver disputas de forma mais eficiente e eficaz - afastando-se muitas vezes de fórmulas exclusivamente jurídicas e incorporando métodos transdisciplinares a fim de atender não apenas aqueles interesses juridicamente tutelados, mas também outros que possam auxiliar na sua função de pacificação social diante da percepção segundo a qual todo o conflito se diferencia do litígio à razão de ser multidisciplinar, ao passo que o litígio é um aspecto do conflito, aquele que se associa direta e indiretamente à dimensão jurídica. Toda a sentença é uma boa resposta ao litígio, mas não resolve o conflito em sua amplitude.

Além disso, percebe-se que por meio da incorporação desses diversos procedimentos ao sistema processual o operador do direito tende a preocupar-se, também, com a litigiosidade remanescente aquela que, em regra, persiste entre as partes após o término de um processo heterocompositivo à medida que amplia-se a existência de conflitos de interesses que não foram tratados no processo judicial - seja por não se tratar de matéria juridicamente tutelada, seja por não se ter aventado certa matéria juridicamente tutelada perante o Estado. Soma-se a tal atitude, outra, a atentar para o princípio do empoderamento, em sintonia fina com um modelo preventivo de conflitos na medida em que capacita as partes a melhor comporem seus conflitos educando-as com técnicas de negociação e mediação. Além desses dois aspectos, pode-se voltar mediante o emprego desse instrumento de pacificação social para que haja uma maior humanização do conflito. Em outros termos: concebe-se o princípio da validação ou o princípio do reconhecimento recíproco de sentimentos, sobretudo, à medida que esse novo paradigma de ordenamento jurídico se desenvolve, nota-se a necessidade da adequação do exercício profissional de magistrados para que estes assumam cada vez mais uma função de gestão de processos de resolução de disputas. Naturalmente, a mudança de paradigma decorrente dessa nova sistemática processual atinge, além de magistrados, todos os operadores do direito, já que, quando exercendo suas atividades profissionais nesses processos, que, em regra são menos adversarial e mais propenso à utilização criativa dos instrumentos jurídicos existentes no ordenamento jurídico para uma atuação cooperativa enfocada na solução de controvérsias de maneira mais eficiente. Desse modo, criou-se a necessidade de um operador do direito que aborde questões como um solucionador de problemas ou um pacificador a pergunta a ser feita deixou de ser "quem devo acionar" e passou a ser "como devo abordar essa questão para que os interesses que defendo sejam atingidos de modo mais eficiente".

Assim, as perspectivas metodológicas do processo de mediação refletem uma crescente tendência de se observar o operador do direito como um pacificador mesmo em processos heterocompositivos, pois começa a existir a preocupação com o meio mais eficiente de compor certa disputa na medida em que esta escolha passa a refletir a própria efetividade do profissional. A composição de conflitos "sob os auspícios do Estado", de um lado, impõe um ônus adicional ao magistrado que deverá acompanhar e fiscalizar seus auxiliares (conciliadores autocompositivos, mediadores e árbitros no âmbito da Lei 9.307/1996), ainda que somente quando requisitado como no exemplo da demanda anulatória de arbitragem. Por outro lado, a adequada sistematização desses mecanismos e o seu estímulo para que as partes os utilizem é marcante tendência do direito processual, na medida em que vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes.

A arbitragem, neste sentido, funciona como um instrumento alternativo para solucionar as controvérsias que privilegia a autonomia das partes para determinar o alcance das medidas compositivas e a lei aplicável para alcançar tal solução. No âmbito interno, embora a Lei n. 9.307/96 não inaugure a arbitragem no plano jurídico nacional, foi responsável por imprimir uma feição mais moderna além de promover a sistematização do tema e, por isso, compreender as influências sob as quais se encontravam a jurisprudência brasileira em relação à arbitragem no momento de sua elaboração permite conhecer os mecanismos que proporcionaram o desenvolver de sua aplicação no país. No âmbito internacional, pode-se perceber a influência das Convenções de Direito Internacional em matéria de arbitragem na elaboração da lei nacional. Ainda que antes da incorporação de alguns instrumentos normativos ao âmbito interno, certas garantias eram necessárias para que o país pudesse apresentar uma maior confiabilidade a nível internacional no que concernia a proteção jurídica das questões arbitrais.

Agora, um dos pilares da arbitragem se refere à questão da segurança jurídica que deve ser analisada também sob a perspectiva da aplicação e interpretação posterior do reconhecimento e admissibilidade dos efeitos da sentença arbitral sobre as relações jurídicas. Ainda que haja uma regulação específica atinente à utilização do mecanismo arbitral, este só ganha força na medida em que as autoridades judiciais se inclinam pela devida observância da vontade das partes em se submeter a esta forma de solução de controvérsias, e logram admitir que no âmbito da esfera privada podem os particulares pactuar da forma que melhor lhes convier, observados os limites dispostos pelo próprio sistema. A adoção de uma lei segundo os mais avançados parâmetros internacionais não tem o condão de fornecer a segurança jurídica necessária se as instituições brasileiras, especialmente o Judiciário, não conseguirem compreender a importância do instituto para a concretização inclusive do direito fundamental de acesso à justiça.

O Novo Código de Processo Civil confirma a arbitragem como um instrumento jurisdicional autônomo e reconhece a importância do mesmo, pondo fim à eterna e estéril discussão sobre legitimidade, validade, legalidade e aplicação da sentença arbitral. Além disso, inova ao estabelecer a possibilidade de integração entre juízo arbitral e juízo estatal para cumprimento de medidas liminares, cautelares e antecipações de tutelas, bem como para condução e oitiva de testemunha renitente, dando plena eficácia ao art. 22 da Lei de arbitragem. Outro ponto digno de nota é que preserva uma das características básicas da arbitragem que é justamente o sigilo, já que a confidencialidade é essencial para a manutenção de certos negócios ou a formulação de estratégias empresariais e o desenvolvimento de novos produtos.

A mediação, a ser nesse momento discutida, constitui uma prática jurídica que pode contribuir com a construção da autonomia. Sendo assim, a obra em foco sugere a você leitor /leitora que atente para esse mecanismo não-adversarial de encaminhamento de conflitos enquanto prática pedagógica de construção da autonomia e de construção do Direito emancipatório. Em outras palavras, a mediação transformadora é, na verdade, uma forma de ecologia política de resolução dos conflitos sociais e jurídicos. Forma particular na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. A mediação é uma forma alternativa ao processo judicial (com o outro) de resolução de conflitos e litígios, sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de ajustar o acordo às disposições do direito positivo.

Por fim, quer-se que essa obra possa contribuir com os esforços dos juristas que há décadas clamam pela mediação emancipatória que ao se transmutar de um mero procedimento de resolução de conflitos para se converter em um verdadeiro instrumento de exercício da cidadania, na medida em que possibilita a criação de um direito inclusivo, rompendo com o normativismo jurídico estatal, possibilitando - concretamente - o surgimento de um direito plural, capaz de absorver as expectativas de uma maior variedade de sujeitos sociais, em especial aqueles oriundos de segmentos mais marginalizados da sociedade. Assim, a mediação transformadora assinada por Luis Alberto Warat se coaduna perfeitamente com as perspectivas de uma nova política judiciária que deve estar comprometida com a democratização do direito e da sociedade.

Pode então o direito transformar a sociedade? Os autores/autoras dos textos desse livro pensam e agem de forma otimista a tal assertiva na medida em que além de guiar as coletividades na defesa daquilo que foi ao menos formalmente conquistado, o debate jurídico, enquanto manifestação do político, possibilita a ampliação do campo de luta pela afirmação de identidades sejam elas individuais ou coletivas e a conquista do reconhecimento e legitimação da pluralidade, em um verdadeiro exercício de emancipação da cidadania e democratização da sociedade. Diante de tal perspectiva, um livro pode transformar pessoas e estas o mundo.....

Nesse caso, nos resta a desejar a você que está nos acompanhando até aqui, que seja feliz, na medida do possível e faça uma adorável viagem mental entre as linhas dos trabalhos que se encontram nas próximas páginas!

Até breve,

Profa. Dra. Adriana Silva Maillart (Uninove)

Prof. Dr. Mauro Gaglietti (URI, FAI, IMED)

Prof. Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz (UIT e UFMG)

Organizadores da obra

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU MEDIAÇÃO COMO FASE INICIAL DO PROCEDIMENTO

THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE AND THE AUDIENCE OF CONCILIATION OR MEDIATION AS AN INITIAL STAGE OF THE PROCEDURE

Victor Roberto Corrêa de Souza

Resumo

O presente texto acadêmico trata da identificação das alterações no ordenamento jurídico brasileiro, no que atine aos meios alternativos de solução de conflitos, após a publicação do novo Código de Processo Civil brasileiro Lei 13.105/2015. Estuda a criação da audiência de conciliação ou mediação como fase inicial do procedimento comum, antes da defesa do réu, avaliando as possibilidades de sua implementação, de acordo com a cultura jurídica já existente, cotejando-a com a audiência preliminar. Analisa a possibilidade de implemento de uma cultura jurídica de mediação e conciliação com a Administração Pública, e em processos de litigantes habituais. Focaliza em pesquisas empíricas realizadas nos Juizados Especiais Federais Previdenciários, bem como no Índice de Confiança da Justiça da FGV. Questiona a possibilidade de se interpretar a indisposição injustificada das partes à audiência de mediação ou conciliação como abuso dos direitos de ação e de defesa.

Palavras-chave: Meios alternativos de solução de conflitos, Audiência de conciliação ou mediação, Fase inicial do procedimento, Litigantes habituais, Acordo, Abuso do direito de ação e de defesa.

Abstract/Resumen/Résumé

This academic text deals with the identification of changes in the Brazilian legal system, as regards with alternative means of dispute resolution, after the publication of the new Brazilian Civil Procedure Code - Law 13.105/2015. Studies the creation of the hearing of conciliation or mediation as an initial step of the common procedure, before the defense of the defendant, assessing the possibilities of its implementation, according to the legal culture existing, comparing it with the preliminary hearing. Exploring the possibility of implement of a legal culture of mediation and conciliation in the public sector, and the usual processes litigants. Focuses on empirical research conducted in the Special Courts Federal Social Security and the FGV Justice Confidence Index. Questions the possibility of interpreting the unwarranted unwillingness of the parties to the hearing of mediation or conciliation as abuse of action and defense.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Alternative means of conflict resolution, Conciliation or mediation hearing, Initial stage of the procedure, Habitual litigants, Agreement, Abuse of action and right of defense.

1. INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), que entrará em vigor em 17 de março de 2016, trouxe uma série de inovações quanto à priorização da utilização de meios alternativos de solução de conflitos.

Uma delas é a indicação de uma audiência de conciliação ou de mediação logo na fase inicial do procedimento comum, antes mesmo do oferecimento de defesa por parte do réu. Contudo, a pergunta é inevitável: será que a indicação de tal audiência no início do procedimento colaborará para a resolução rápida dos litígios ou não passará de um ato protocolar visto com má vontade pelos envolvidos?

O objetivo desse artigo é discutir as formas pelas quais podem ser incrementadas as modificações trazidas pelo CPC/2015, quanto aos meios alternativos de solução de conflitos, especialmente em relação a esta audiência inicial de mediação ou conciliação, pois em nosso entendimento há uma série de entraves jurídico-culturais que necessitam ser rediscutidos, para que as inovações do CPC/2015 possam produzir algum resultado positivo.

2. AS MODIFICAÇÕES DO NOVO CPC SOBRE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

O novo Código de Processo Civil traz algumas modificações a respeito dos métodos alternativos à Justiça que merecem reflexão. Inicialmente, em seu art. 3º, §3º, ao tratar do princípio da inafastabilidade da jurisdição, o CPC ressalva 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.”

Ainda, em seu art. 139, V, afirma que: *“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;”*. Estabelece em toda a Seção V, do Capítulo III, do Título IV, do CPC, um conjunto de onze artigos (arts. 165 a 175) em que se regula, minuciosamente, o papel dos mediadores e conciliadores judiciais, enquanto auxiliares da Justiça. Vale ressaltar que o instrumento de transação firmado por conciliador ou mediador credenciado, inclusive, é título extrajudicial,

como se observa no art. 784, IV, do CPC, o que vem a reforçar a importância capital destes auxiliares.

Mas, uma das principais inovações do CPC consta no art. 334, no qual se observa que o réu não é mais citado somente para responder à petição inicial, mas sim citado e intimado – conforme se extrai dos arts. 250, IV e 303, §1º, II, do CPC – para comparecer à audiência de conciliação ou mediação, nos seguintes termos:

“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.

§ 1o O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2o Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

§ 3o A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

§ 4o A audiência não será realizada:

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

II – quando não se admitir a autocomposição.

§ 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.

§ 6o Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

§ 7o A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

§ 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.

§ 9o As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 12. 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.”

Apenas no caso de ser infrutífera a audiência de conciliação ou mediação é que se iniciará o prazo de 15 dias para o réu oferecer contestação, por petição, conforme o art. 335 determina:

Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data:

I - da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição;

II - do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso I;

Poderá ocorrer a situação em que o réu venha a alegar a incompetência, relativa ou absoluta, antes da audiência, o que suspenderá sua realização, se houver sido designada, como determina o art. 340, § 3º do novo CPC. Após a definição da competência, o juízo competente deverá designar nova data para a realização de conciliação ou mediação, nos termos do art. 340, § 4º.

Como era de se esperar, independentemente de ter havido qualquer tentativa de solução consensual de conflitos anterior, seja judicialmente, seja extrajudicialmente, cabe ao magistrado, por ocasião da instalação da audiência de instrução e julgamento, tentar sempre conciliar as partes, conforme determina o art. 359 do novo CPC.

Notas alvissareiras do CPC a respeito dos meios alternativos encontram-se na audiência de mediação, em se tratando de lides possessórias coletivas, bem como em litígios sobre a propriedade de imóvel, como se observa em seu art. 565¹. Além disso, as práticas

¹ **Art. 565.** No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá

conciliatórias e mediadoras de conflitos, no âmbito do Direito de Família, passam a seguir a lógica interdisciplinar pela qual o magistrado poderá determinar a suspensão do feito para que as partes se submetam a mediação extrajudicial, conforme se vê dos arts. 694 a 699 do CPC².

Bem se observa, portanto, uma série de modificações que tentam incutir, no processo civil brasileiro, a ideia de que, em verdade, a Justiça é a verdadeira *ultima ratio* para a resolução de conflitos, sendo mais adequado buscar sempre mecanismos de resolução de conflitos autocompositivos que dispensem a manifestação do Poder Judiciário como a única ou a melhor decisão para o caso. Cooley demonstra as vantagens de um processo mediado em relação a um processo julgado por um magistrado:

“Algumas disputas se resolvem melhor num ambiente que tenha poucas ou nenhuma limitação procedimental. Com relação a essas disputas, o processo de mediação oferece várias vantagens. Com exigências processuais mínimas, a mediação proporciona oportunidade ilimitada para que as partes exerçam flexibilidade ao comunicar suas preocupações e prioridades básicas com relação à disputa. A mediação pode mostrar às partes soluções alternativas potenciais, dar-lhes condições de melhorar e reforçar suas relações em interações futuras e estimulá-las a explorar e

designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º. § 1º Concedida a liminar, se essa não for executada no prazo de 1 (um) ano, a contar da data de distribuição, caberá ao juiz designar audiência de mediação, nos termos dos §§ 2º a 4º deste artigo. § 2º O Ministério Público será intimado para comparecer à audiência, e a Defensoria Pública será intimada sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça. § 3º O juiz poderá comparecer à área objeto do litígio quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional. § 4º Os 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 poderão ser intimados para a audiência, a fim de se manifestarem sobre seu interesse no processo e sobre a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório. § 5º Aplica-se o disposto neste artigo ao litígio sobre propriedade de imóvel.

² **Art. 694.** Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar. **Art. 695.** Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694. § 1º O mandado de citação conterà apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo. § 2º A citação ocorrerá com antecedência mínima de 15 (quinze) dias da data designada para a audiência. § 3º A citação será feita na pessoa do réu. § 4º Na audiência, as partes deverão estar acompanhadas de seus advogados ou de defensores públicos. **Art. 696.** A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito. **Art. 697.** Não realizado o acordo, passarão a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum, observado o art. 335. **Art. 698.** Nas ações de família, o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo. **Art. 699.** Quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista.

a atingir soluções criativas que permitam ganhos mútuos e um alto grau de acato às decisões.” (COOLEY, 2001, p. 29-30).

Mas, será que essas modificações são tão novas assim? O Código de Processo Civil de 1973, por exemplo, tem disposições que preconizam a autocomposição como forma de solução de conflitos pela disposição mútua dos envolvidos em busca de uma solução conciliatória. É o que se vê, por exemplo, nos arts. 125, IV e 447 a 449, que determinam ao juiz o dever de tentar conciliar as partes, a qualquer fase do procedimento (mesmo em audiência de instrução e julgamento) e em qualquer grau de jurisdição; no art. 475-N, III, que afirma ser título executivo judicial a sentença homologatória de conciliação ou transação, ainda que disponha sobre matéria não deduzida em juízo; e especialmente no art. 331, que em modificação realizada pela Lei 10.444/2002, incluiu a figura da audiência preliminar de tentativa de conciliação no procedimento ordinário.

A propósito, a audiência preliminar do art. 331 do CPC/73 sempre causou perplexidade na doutrina, o que sinaliza que haverá discussões similares a respeito da audiência do art. 334 do novo CPC. Por exemplo, afirmou-se que:

“Por fim, queremos deixar consignada a nossa dúvida a respeito da eficiência dessa audiência preliminar para desafogar o Judiciário, uma vez que a figura ora instituída representa duplicação de atos, complicação, e não simplificação do procedimento. Desconfiamos, sobretudo, porque, dada a inexistência da sanção – que não poderia mesmo existir -, o réu, já em pleno clima de beligerância por causa da contestação e da réplica, e por isso mesmo não muito interessado em acordo a essa altura, com maior ou menor frequência não comparecerá a essa audiência.” (MACHADO, 2007, p. 346).

Além disso, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 125, de 2010 (com as alterações da Emenda 1/2013), na qual instituiu uma política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse, pela qual se afirma que, conforme o parágrafo único do art. 1º: *“Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.”*

Ainda, a Constituição Federal, em seu art. 98, I, previu a criação dos Juizados Especiais pelos entes federados, para a conciliação de causas de menor complexidade, com procedimento oral e sumaríssimo, o que viria a ocorrer com a edição das Leis 9.099/95 e 10.259/2001.

Mas, como veremos, o panorama gerencial do Poder Judiciário e o ordenamento jurídico já existente antes da edição do novo CPC não colaborou para estabelecer uma cultura de conciliação e mediação, o que merece atenção da comunidade jurídica.

3. UMA PESQUISA EMPÍRICA SOBRE CONCILIAÇÃO EM JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

O novo CPC, em seu art. 165, dispõe que: *“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”*. Segundo o § 1º desse mesmo dispositivo: *“a composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.”*

A norma do Conselho Nacional de Justiça que mais se aproxima a esse dispositivo (embora ainda deva ser aperfeiçoada) é a Resolução 125/2010 que, inspirada na figura das ADR's (Alternative Dispute Resolution), instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesse. Através dessa Resolução, os Tribunais brasileiros foram obrigados a criar Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e a promover a capacitação de juízes e servidores nos métodos consensuais de resolução de conflitos, tudo a demonstrar a importância dos meios alternativos à jurisdição, a fim de se atingir maior segurança jurídica e pacificação social. Acerca dessa Resolução e de seus resultados estatísticos no acompanhamento da pacificação social, vale destacar a percepção de José Guilherme Vasi Werner:

Não há dúvida de que a conciliação, a mediação e todos os métodos consensuais de solução de conflitos vêm ganhando espaço e credibilidade. Todos os tribunais do país, salvo algumas raras exceções, já vinham, antes mesmo da edição da Resolução

n. 125, dedicando esforços para o desenvolvimento desses métodos. Arriscamos dizer que a sociedade está pronta para adotá-los. Os tribunais também estão preparados, e o Grupo Gestor da Conciliação os vem auxiliando nas adaptações para atendimento ao disposto na Resolução. Por isso mesmo é importante que desde o início os serviços relacionados aos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania sejam acompanhados e medidos, e que seus resultados sejam estatisticamente considerados no trabalho do Judiciário. Por certo que nem todas as informações precisam constar do Relatório Justiça em Números, cujo objetivo é apresentar uma visão macro do sistema judiciário. No entanto, a carga de trabalho e a taxa de congestionamento, por exemplo, podem sofrer significativas reduções por conta de um maior esforço em prol dos métodos consensuais de solução de conflitos, de modo que esses merecem ser considerados de alguma forma no relatório. (In PELUSO; RICHA, 2011, p. 294).

Isto não obstante, a realidade dos processos judiciais é outra.

De acordo com estudos que realizei no conjunto de sentenças prolatadas pelos cinco Juizados Especiais Federais especializados em matéria previdenciária³, no Rio de Janeiro/RJ, entre janeiro de 2014 e fevereiro de 2015, foram proferidas 34.297 (trinta e quatro mil, duzentas e noventa e sete) sentenças de primeiro grau, em processos entre os cidadãos e a Administração Pública Previdenciária (INSS). Dessas, devem ser excluídas aquelas sentenças que se refiram à extinção do feito sem o julgamento do mérito e aquelas prolatadas em embargos de declaração. Estas espécies de sentença foram exatamente 5.892 (cinco mil, oitocentos e noventa e duas). Desta forma, tem-se um universo de 28.405 (vinte e oito mil, quatrocentos e cinco) sentenças nas quais o magistrado produziu sentença com a análise de seu mérito. Porém, destas houve apenas 428 sentenças em que as partes se dispuseram a alguma espécie de conciliação, em sua imensa maioria por escrito, sem a presença física de representante do INSS ou do cidadão. Ou seja, em apenas 1,5% (um e meio por cento) das sentenças de processos envolvendo a Administração Pública e o cidadão houve a possibilidade de conciliação.

Essa realidade apenas vem a confirmar a tese já esposada por José Antonio Savaris, acerca dos motivos que levam o INSS e os advogados previdenciários a destinar pouca importância à conciliação e a outros meios alternativos de solução de conflitos que o envolvam:

³ O estudo foi realizado nos arquivos eletrônicos das sentenças de cada um dos processos, disponíveis no sistema de banco de dados processuais da Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro, conhecido como Apolo, amplamente acessível mediante autorização, em face do princípio da publicidade, respeitado o sigilo individual de dados pessoais de cada uma das partes envolvidas.

Na esfera judicial, a entidade previdenciária não raro aparenta assumir a vocação de retardar, o quanto possível, a satisfação do direito material buscada pelo indivíduo, muitas vezes deixando de lado, com evasivas diversas, a possibilidade de conciliação e, conseqüentemente, de uma grande e louvável – esta sim – redução de despesas. O problema da falta de acordos nos processos previdenciários, mormente nos juizados especiais federais, passa pela ausência de uma cultura favorável à transação. Os efeitos negativos desta propensão ao exaurimento dos efeitos de um litígio são sentidos dramaticamente por aquele que, via de regra, tem menos voz à pergunta conciliatória. Percebe-se do cotidiano que ao procurador da autarquia federal não interessa entrar em acordo porque isto constitui postura discricionária com potencialidade de expô-lo à eventual supervisão do ato. Nutre-se a ideia de que sem uma pauta bem definida para a transação, a exposição à auditoria representa um custo excessivo, um risco desproporcional se comparado aos efeitos da postura mecânica de exaurir toda possibilidade de recurso. Aliás, a lógica do mau pagador é ainda o paradigma da atuação do Poder Público em juízo. Também ao advogado da parte autora a ausência de acordo pode traduzir uma via de conveniência, por motivos óbvios: a contratação da verba honorária se dá, na maioria das vezes, sobre eventuais diferenças devidas pelo instituto do seguro social. Se o profissional consegue antever o sucesso da demanda como uma questão de tempo, pode não ser incentivado a conciliar, já que não se encontra sob o jugo da destituição. A cultura do litígio ainda é estimulada pela gratuidade de justiça e pela ausência de ônus sucumbenciais imediatos propiciada pela assistência judiciária – que nestes feitos é regra. (SAVARIS, 2014, p. 152-153).

Notou-se, nesse estudo empírico, ser muito mais fácil encontrar no cotidiano forense ações repetitivas e atomizadas de megaconflitos, passíveis de solução coletiva, do que presenciar a disposição das partes ao consenso e à conciliação.

Essa cultura adversarial e de litigiosidade finca raízes sociológicas em uma realidade perversa de competitividade extrema, típica de países com desenvolvimento social e econômico tardio como o Brasil. Neste sentido, Ricardo Goretti Santos identifica três impeditivos básicos ao implemento da cultura da mediação, a saber, informativo-educacional, político-legislativo e jurídico-cultural. Segundo o pesquisador, citando importante trabalho doutrinário argentino sobre mediação:

Por obstáculo jurídico-cultural, entendemos o império da cultura do litígio sobre a da pacificação coexistencial dos conflitos, tradição ainda sustentada pela sociedade brasileira, que mesmo afetada pelos ingredientes constitutivos da crise nacional de administração da justiça, aparenta não ter superado o insustentável hábito de,

prioritariamente, buscar na cada vez mais inacessível via jurídico-processual, soluções heterocompositivas para suas controvérsias, sem antes dar chance ao exercício do consenso. O critério por nós utilizado para definir a nossa cultura como litigiosa foi estabelecido por Elena I. Highton e Gladys S. Álvarez, que, em protesto contra os transtornos gerados pelo império da cultura do litígio na atualidade, esclarecem: ‘há uma cultura do litígio enraizada na sociedade atual, que deve ser revertida se desejamos uma justiça melhor e uma sociedade também melhor; e o que permite classificar uma cultura como litigiosa não é, propriamente, o número de conflitos que apresenta, mas a tendência de resolver esses conflitos sob a forma adversarial do litígio’.” (SANTOS, 2012, p. 233).

Ademais, o processo e a Justiça têm que estar adaptados a relações de massa, que progridem exponencialmente para níveis avassaladores de litigiosidade e demanda, sendo necessário investigar as condições culturais, sociais e econômicas que estão no entorno dessa litigiosidade. Como afirma André Vasconcelos Roque:

O fato é que se torna preciso buscar a valorização do ordenamento jurídico em sua dimensão objetiva, abandonando a concepção de tutela exclusivamente de direitos subjetivos, algo tão arraigado na cultura brasileira que, para estruturar a tutela coletiva, criaram-se novas categorias de direitos (difusos, coletivos e individuais homogêneos). Concessionárias, grandes empresas e demais litigantes habituais em geral raciocinam a questão sob o aspecto macroeconômico. Se a perspectiva de um determinado comportamento ilícito proporcionar a estimativa de um montante de condenações judiciais inferior aos custos operacionais para a correção dessa conduta, as empresas continuarão a praticar o ilícito em questão, ensejando o ajuizamento de inúmeras demandas repetitivas. Tais agentes direcionam sua conduta não sob o código lícito/ilícito, mas sim de acordo com o código lucrativo/não-lucrativo. Assim é que serviços nunca solicitados, cobranças indevidas, mau atendimento e falhas variadas na prestação de serviços e no fornecimento de produtos se transformaram em acontecimentos corriqueiros no Poder Judiciário brasileiro. (ROQUE, 2013, p. 638).

O tratamento coletivo de ações relativas a pleitos individuais repetitivos, desse modo, é medida de modernização da Justiça, pois evitaria grande quantidade de processos, reais ou potenciais. Neste ponto, não pode ser desprezada a importante inovação trazida nos arts. 976 a 987 do CPC de 2015, com o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o IRDR.

Ora, a priorização às ações individuais pode vir a causar evidentes inseguranças jurídicas e desigualdades, já que os órgãos jurisdicionais podem julgar as causas de modo

distinto, se não houver uma uniformização do entendimento entre os órgãos julgadores. É esse o panorama no qual o Brasil se encontra atualmente, onde essas divergências propiciadas por um processo mais individualizado fazem com que o sistema obtenha índices de legitimação e aceitabilidade ruins, essencialmente conectados com uma visão egoísta de que os interesses individuais devem sempre ser preconizados. Tudo isso leva a descrédito e desconfiança com a prestação jurisdicional, extremamente perniciosos para as relações entre a sociedade e o Estado, exatamente o contrário do que ocorre quando se priorizam meios como a mediação, conciliação e arbitragem, como já afirmou John Cooley, em citação anteriormente reproduzida. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes faz esse diagnóstico:

Com a multiplicação de ações individuais, que tramitam perante diversos órgãos judiciais, por vezes espalhados por todo o território nacional, e diante da ausência, nos países da civil law, do sistema vinculativo de precedentes (*stare decisis*), os juízes chegam, com frequência, a conclusões e decisões variadas e até mesmo antagônicas. Não raramente essas decisões de variado teor acabam por transitar em julgado, diante da não interposição tempestiva de recurso cabível ou pelo não conhecimento deste em razão de outra causa de inadmissibilidade. Por conseguinte, pessoas em situações fáticas absolutamente idênticas, sob o ponto de vista material, recebem tratamento diferenciado diante da lei, decorrente tão somente da relação processual. O direito processual passa a ter, assim, caráter determinante e não apenas instrumental. E, sob o prisma do direito substancial, a desigualdade diante da lei torna-se fato rotineiro e não apenas esporádico, consubstanciando, portanto, ameaça ao princípio da isonomia. A miscelânea de pronunciamentos, liminares e definitivos, diferenciados e antagônicos, do Poder Judiciário passa a ser fonte de descrédito para a própria função judicante, ensejando enorme insegurança jurídica para a sociedade. Consequentemente, quando ocorre tal anomalia, a função jurisdicional deixa de cumprir a sua missão de pacificar as relações sociais. (MENDES, 2012, p. 39-40).

Ainda, no âmbito dos relatórios do Índice de Confiança da Justiça da FGV feitos a partir do quarto trimestre de 2010 e até o primeiro trimestre de 2014, é imperioso citar o bom indicativo de que a concordância com o uso dos meios alternativos à jurisdição está tomando vulto e importância. Trata-se da constatação de que os entrevistados, no patamar médio de 65,8%, aceitariam procurar meios alternativos de solução de conflitos, e de que esse número aumentava quanto mais jovens fossem os entrevistados (o que indica um bom prognóstico para o futuro dessas ações), e no caso de pessoas que já tenham se utilizado do Judiciário anteriormente. O seguinte gráfico denota esse significativo percentual:

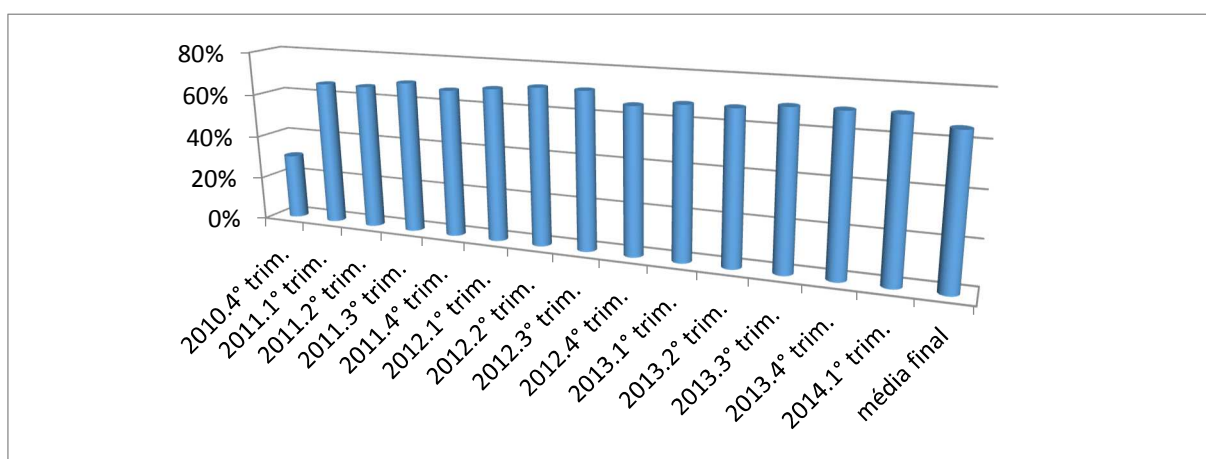


Fig. 1: Evolução da concordância com a utilização de meios alternativos à jurisdição, segundo o ICJ/FGV.

Porém, apesar de todos estes dados, não se percebe uma política pública nacional, de todos os Poderes (e não somente do Conselho Nacional de Justiça) e demais instituições sociais e educacionais, como a mídia, a OAB, as universidades e as faculdades de Direito, apta a engajar a sociedade em um processo de pacificação e eliminação/atenuação da cultura adversarial. Ricardo Goretti Santos comenta que:

“Os estudantes de Direito precisam ser provocados a romper os limites do domínio da técnica processual judicial, da vinculação a uma visão adstrita aos ditames positivados nos códigos, para, concomitantemente, sem renegar dimensão normativo-processual do Direito, desvendar o universo das pujantes práticas coexistenciais de resolução de conflitos. Precisam perceber que mais do que adversários, ou incentivadores da adversariedade, eles devem se portar como solucionadores de problemas, hábeis no domínio e no emprego de diversificadas técnicas que possam lhe servir na consecução desse nobre propósito. Não podemos deixar de destacar a relevância do envolvimento institucional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), no fomento do que podemos chamar de advocacia da mediação e de outras práticas alternativas ao processo judicial. Seja em promover palestras, seminários e congressos que abordem a temática, seja em capacitar tais profissionais para a vivência prática dessa realidade, a OAB deve ser desafiada a ampliar os horizontes dos advogados do país, mostrando-lhes a viabilidade do exercício de novos e múltiplos papéis. O mesmo deve ser esperado de instituições ligadas a outros segmentos profissionais, tais como: escolas de magistratura, Ministério Público e Associações de Magistrados.” (SANTOS, 2012, p. 215).

É possível observar, portanto, que a pesquisa empírica realizada nos Juizados Especiais Federais mencionados, apesar de representar uma pequena parcela do universo

judiciário brasileiro, denota claramente a inexistência de uma cultura de pacificação por autocomposição, especialmente quando se trata de demandas coletivizadas ou de massa.

4. A AUTOCOMPOSIÇÃO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Neste aspecto, são bem-vindas as sugestões legislativas trazidas no Código Modelo de Processos Administrativos para Ibero-América⁴, aprovado em 08/06/2012 nas Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, ocorridas em Buenos Aires, em especial seu Capítulo VII, artigos 71 a 78.

Alguns pontos podem ser debatidos a partir de seu art. 72, onde se delineia uma pauta principiológica do uso de meios alternativos em litígios com a Administração (princípios da legalidade, isonomia e transigibilidade).

Não obstante a importância dos dois primeiros princípios, mormente por seus aspectos instrumentais e finalísticos, o princípio que mais causa celeumas é o da transigibilidade, diante do caráter *a priori* de indisponibilidade do patrimônio público.

Contudo, nesse aspecto, deve ser diferenciada disponibilidade de afetação de bens públicos, pois apenas quando afetados (bens de uso especial ou de uso comum) a algum serviço ou destinação pública direta é que os bens podem ser tidos como indisponíveis; nestes casos, tratar-se-ia de verdadeira indisponibilidade material. Do contrário, devem ser entendidos como desafetados, disponíveis e passíveis de transação, o que tem relação inclusive com a capacidade de disposição patrimonial que é inerente às prerrogativas das autoridades estatais no exercício de suas funções.

Deste modo, ao propor qualquer espécie de resolução alternativa de conflitos, o administrador não está atuando de modo inadvertido, abdicando de patrimônio; ao contrário, estará proporcionando pacificação social e celeridade processual, em seu poder de gestão da *res publica*.

Esse aspecto é importante, pois é possível que um advogado público, em defesa da Administração Pública em determinado processo, na audiência preliminar de conciliação e mediação, se utilize do § 4º, inciso II, do art. 334, para dizer que não fará a audiência preliminar tendo em vista que o interesse da Administração não comporta autocomposição. Isto não poderá ser admitido. Esta visão já era superada, em relação aos interesses passíveis

⁴ Disponível em: http://www.nupej.uff.br/sites/default/files/IIDP_CodADM_PT.pdf. Acesso em: 28.3.2015.

de conciliação em se tratando da audiência preliminar do art. 331 do CPC/73 em processos com a Fazenda Pública, como se vê da doutrina de Fredie Didier Jr.:

“Há certo dissenso na prática forense em relação à possibilidade de conciliação nas causas que envolvem pessoas jurídicas de direito público. Existe um mau vezo de se relacionarem tais causas com suposto interesse público, a não permitir a realização de qualquer espécie de autocomposição. Trata-se de equívoco lamentável. São inúmeras as hipóteses de autocomposição envolvendo interesse de ente público, não sendo temerário afirmar, por exemplo, que a maior parte dos conflitos fiscais se resolve por acordo de parcelamento firmado perante a repartição pública, longe das mesas de audiência do Poder Judiciário. A lei, inclusive, prevê expressamente a possibilidade de conciliação em demandas que dizem respeito aos entes federais. Em regra são situações em que a cobrança integral do valor é muito dispendiosa, se comparada com o seu possível resultado. A renúncia ou transação acaba sendo de interesse público. [...] Assim, é plenamente possível o acordo em tais causas. Pouco importa se lhes atribua a característica da indisponibilidade, pois é indubitosa a possibilidade de conciliação, justificando-se a realização da audiência preliminar.” (DIDIER JR., 2007, p. 478-479).

Portanto, é ao não propor a resolução alternativa, em determinadas situações em que transpareça patente o erro administrativo, que a Administração poderá cometer severa violação ao patrimônio público, como já afirmara José Antonio Savaris.

Na prática, a utilização destes meios alternativos é prevista em alguns diplomas legislativos, como se comprova por meio da Lei 9.469/97, que descreve diversas situações em que, sopesando os fatores jurídicos e econômicos de cada caso concreto, a Administração Pública estará autorizada a realizar acordos e transações, judicial e extrajudicialmente (a fim de evitar litígios ou o prolongamento destes). Porém, como vimos e comprovamos, a realidade não tem sido essa, ao menos no âmbito dos Juizados Especiais Federais Previdenciários do Rio de Janeiro.

Ainda, há previsão de aplicação da arbitragem na Lei das parcerias público-privadas (art. 11, III, Lei 11.079/2004) e também no art. 23-A da Lei 8.987/95, incluído pela Lei 11.196/2005. Além disso, nas leis das agências reguladoras há diversos dispositivos que impõem que as agências poderão dirimir, como árbitros, controvérsias entre as prestadoras de serviço público. Outro instrumento interessante é a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, atualmente regulada pelo art. 18 do Decreto 7.392/2010, e que tem como atribuição, basicamente, dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração

Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios; e buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção superior que atuam no contencioso judicial, podendo inclusive haver arbitragem a cargo do Consultor Geral da União, em conflitos entre União e demais entes federativos. Mas, estas hipóteses não representam, propriamente, a cultura da conciliação empregada pela Administração Pública, posto que nada mais são que “atuação arbitral” da Administração.

Já no Direito Comparado, percebe-se a ampla aplicação dos meios alternativos envolvendo a Administração Pública em diversos ordenamentos, como pode se perceber: a) em Portugal, através da leitura do art. 180, item 1, alínea a, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, e da criação do Centro de Arbitragem Administrativa criado pelo Decreto-Lei nº 10, de 20/01/2011; b) na Itália, onde é possível a arbitragem de controvérsias relativas inclusive a posições estatais indisponíveis, como nos institutos de processo tributário “accertamento con adesione” e “conciliazione giudiziale”, conforme os acordos sejam pré-judiciais ou não; c) na Espanha, pela leitura do art. 107.2 da Ley de Procedimiento Administrativo Común, em que se permite o uso de arbitragem e outros meios alternativos em sede de recurso administrativo; e principalmente d) nos Estados Unidos da América, onde há leis que disciplinam programas de resolução alternativa de conflitos tanto em sede administrativa (ADRA – Administrative Dispute Resolution Act of 1996, 5 USCA, 571 et seq) quanto em sede judicial (ADR – Alternative Dispute Resolutions Act of 1998, 28 USCA, 651-658), que respondem pela prestação jurisdicional célere deste país, havendo inclusive disputas entre os órgãos administrativos para apresentação das melhores práticas (best practices) relativas à resolução dos conflitos no âmbito de cada órgão.

Esta realidade em países com configuração constitucional similar à nossa não tem nos inspirado, no entanto.

5. LITIGÂNCIA HABITUAL E EVENTUAL, MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Uma das formas de se combater a desigualdade processual entre as partes é a diferenciação entre os ônus e encargos devidos pelas partes, de acordo com seu nível de litigância, habitual ou eventual.

Ora, é sabido que litigantes habituais assim o são porque se aproveitam de deficiências estruturais do Poder Judiciário, bem como de seu poder econômico e do tempo

minimamente necessário para se julgar bem um processo, e, lidando habilmente com todos esses fatores, terminam fazendo do processo um método de minimização de seus riscos e prejuízos. Os litigantes habituais se utilizam de vantagens tais como: a) maior experiência jurídica e melhor planejamento do litígio; b) relações informais de seus mandatários com servidores públicos, juízes e membros de tribunais; c) diluição econômica dos riscos processuais entre outros feitos; d) litigância de larga escala e otimização de custos com honorários advocatícios contratados com um único mandatário (ou poucos) para todos os processos do litigante habitual; e) teste de estratégias processuais visando a casos futuros. De outro lado, os litigantes eventuais, em geral, não possuem condições de sustentar o processo por longo tempo, tendo em vista os custos a ele atinentes, em especial aquelas relacionadas aos honorários advocatícios e custas processuais, bem como à falta de uma tutela judicial, quando o caso a justificar por sua evidência.

Há várias formas de se demonstrar como o Direito brasileiro permite um injusto tratamento “igualitário” entre litigantes habituais e litigantes eventuais. Algumas delas são facilmente verificadas através da concessão de prerrogativas processuais à Fazenda Pública, tais como o prazo em quádruplo para responder à ação e o prazo em dobro para recorrer (art. 188 do CPC/1973), citações e intimações pessoais, o reexame necessário, a execução contra a Fazenda Pública como processo autônomo, os embargos à execução com prazo diferenciado (art. 730 do CPC/1973) etc. Argumenta-se, entre outros motivos, que estas prerrogativas se justificariam em face de “dificuldades de acesso aos fatos, elementos e dados do processo”, bem como de “volume de trabalho” que cerca os advogados públicos.

Porém, não é preciso ressaltar a necessidade de se rediscutir os fundamentos de tais prerrogativas em face da modernidade do processo eletrônico e das modificações por ele implementadas (Lei 11.419/2006), o que é uma realidade inafastável e que torna discutível a necessidade de tais prerrogativas, já que os processos e os documentos passam a ser acessíveis de qualquer computador, tanto pelas partes como por seus procuradores. Ademais, essa realidade já é plena também nas procuradorias públicas, que já possuem bancos de dados atinentes aos processos administrativos de seus interesses. Exemplo disso é o Sistema Integrado de Controle das Ações da União (SICAU), que permite o controle interno de prazos e fases processuais, a extração de relatórios gerenciais e a realização de rotinas internas como verificação de litispendência ou coisa julgada com processo anterior. Além disso, tal Sistema facilita a anexação de peças aos processos. É regulado pelas Portarias AGU 386/2004 e PGF 315/2006. Portanto, torna-se imperiosa a rediscussão dos argumentos fundantes que

determinaram a concessão de prerrogativas à Fazenda Pública que não mais se justificam em face do processo eletrônico.

De outro norte, foi com base nessa distinção entre litigantes habituais e eventuais que a doutrina e a legislação conceberam, a partir das três ondas renovatórias do processo civil, um procedimento especial, mais célere e informal, destinado a partes mais fragilizadas e sem condições de arcar com o custo econômico de um processo ordinário, o que foi feito através dos Juizados Especiais (Leis n. 7.244/84, 9.099/95, 10.259/2001 e 12.153/2009). Assim, a Fazenda Pública não pode ser parte autora em processos do Juizado, posto que se trata de nítido litigante habitual, acostumado a lidar com questões forenses, e é mais preparada economicamente para suportar o tempo do processo, ante as prerrogativas substantivas e processuais diversas que o ordenamento lhe concede.

Nesse momento, não poderia ser olvidada importante menção que é feita por Dierle Nunes e Ludmila Teixeira, acerca de pesquisa empírica realizada em 2010, por Marcelo de Mello e Delton Meirelles nos Juizados Especiais:

Os pesquisadores dizem que houve um esvaziamento do conteúdo cívico dos Juizados Especiais, e que isso resultou na ‘neutralização das possibilidades de desenvolvimento de experiências inovadoras de justiça, alternativas ao Estado e à sua carga opressiva e repressiva, mobilizada por grupos instalados nas suas instituições e seus lobbies usuais’. Com uma atuação cada vez mais burocrática e padronizada, os Juizados Especiais mais se assemelham a ‘balcões de triagem de causas que devem ou não ser apreciadas pela justiça estatal ‘comum’ e aquelas que ficarão simplesmente como um registro de reclamações do pequeno consumidor diante de grandes litigantes’. A constatação de que o peso da justiça estatal, burocrática como sempre, começa a se abater sobre os juizados reascende a dúvida sobre o alcance (e as intenções) dessas políticas judiciárias: por mais que as iniciativas apregoem a emancipação de ‘forças sociais represadas’, a promoção do ‘bem comum’, a libertação da litigiosidade contida no meio social, elas deixam entrever um Judiciário menos preocupado com o jurisdicionado e com o acesso à justiça em si que em contornar o congestionamento da Justiça, aliviando as críticas por uma performance inquestionavelmente deficitária. (NUNES; TEIXEIRA, 2013, p. 112-113).

Assim, as medidas que vem sendo adotadas não tem sido o bastante, pois mesmo nos procedimentos havidos nos Juizados percebe-se a existência de realidades nefastas em desfavor das partes a que se dirigem esse subsistema processual. Um exemplo disso é notório através da discrepância entre o nível de conhecimento dos fatos e do direito atinente à causa

pela parte eventual e o nível de preparo para a causa que é pertinente aos litigantes habituais e seus mandatários. Não é raro perceber essa discrepância na realização de audiências no âmbito dos Juizados Especiais Federais, nas quais é comum encontrar partes mais pobres, desacompanhadas de advogados (o que é permitido pela legislação e referendado pela jurisprudência), e ávidas por alguma proposta de conciliação, ainda que parcial, da parte contrária. Estas, por sua vez, detêm o poder econômico e costumam ofertar propostas que não condizem razoavelmente com aquilo que o cidadão teria direito. Em alguns casos, especialmente envolvendo questões relacionadas a empresas públicas e sociedades de economia mista (como bancos e prestadores de serviços públicos), entes com maior poder de disposição patrimonial, é comum que conciliações injustas sejam realizadas extrajudicialmente para posterior homologação judicial. Rodolfo Mancuso ressalta essa realidade:

De fato, a desigualdade substancial entre os partícipes de uma dada situação contenciosa produz efeitos deletérios, não apenas no âmbito do processo judicial mas, também, no bojo da composição suasória do conflito, já que, neste último caso, pode dar-se que a parte mais fraca – financeira ou culturalmente – se predisponha a aceitar um acordo iníquo ou injusto, mormente nos casos de composições celebradas extrajudicialmente, que depois são levadas à homologação judicial (CPC, art. 475-N, III). [...] em casos que tais, onde as partes estão em notório desnível econômico-patrimonial, a composição celebrada nos autos não garante que, substancialmente, tenha havido uma vera transação (a qual pressupõe concessões recíprocas: CC/2002, art. 840), e, não raro, mais se aproxima de uma submissão, em forma de reconhecimento do pedido (aceitação dos fatos e também das consequências jurídicas que dali extrai a contraparte). O exemplo serve a demonstrar que ‘solução suasória’ não é, necessariamente, indicativo, garantia ou sinônimo de composição justa do conflito, porque esse qualificativo – e não a mera eliminação da pendência – é que confere legitimidade aos meios ditos alternativos de resolução das controvérsias, tais a conciliação, a mediação, a intervenção neutra de terceiro, a arbitragem. (MANCUSO, 2011, p. 123).

Nessa perspectiva, passa a ser importante uma atuação mais proativa e fiscalizadora do Poder Judiciário, impondo-se ao magistrado verificar e inibir possíveis iniquidades substanciais em conciliações tanto realizadas perante a própria Justiça (na audiência de conciliação ou mediação do art. 334 do CPC/2015), como extrajudicialmente. Essa atuação pode ser percebida através das lentes de um processo mais cooperativo, no qual o juiz, desde

o início do processo, deva esclarecer a ambas as partes (o que evitaria críticas à sua imparcialidade) sobre os fatos que são conflituosos e relevantes à causa, prevenindo-as e consultando-as sobre os meios de prova possíveis e o ônus pertinente a cada uma delas, e esclarecendo-as sobre os possíveis destinos a serem dados ao feito, antes de qualquer decisão.

De outro lado, é importante a leitura do estudo denominado “I Relatório Supremo em Números”, publicado pela FGV-Rio, em 2011⁵, no qual, em linhas gerais, se constatou que: a) o grande usuário da instância recursal do Supremo Tribunal Federal é a própria Administração Pública, que é parte recursal em cerca de 90% dos recursos (com maior proeminência da Caixa Econômica Federal, União Federal e Instituto Nacional do Seguro Social, que juntos superavam a soma de 50% dos processos); b) após a Lei 10.259/2001, houve uma migração de demanda da Justiça Federal para os Juizados Especiais Federais, o que ensejou com que os recursos levados ao conhecimento do STF passassem a discutir temas de menor complexidade de competência dos Juizados, e ao mesmo tempo, fizessem com que os usuários dos serviços dos Juizados tivessem que esperar uma definição da Suprema Corte para concretizar suas pretensões. Com isso, percebeu-se certa insuficiência da legislação dos Juizados Especiais Federais.

Algumas propostas do novo CPC/2015 tentam colaborar para a solução dos problemas advindos da desigualdade entre os litigantes habituais e eventuais. Uma das disposições mais importantes nesse sentido é a que consta no art. 373, §1º do novo CPC, em que se possibilita a distribuição dinâmica do ônus da prova, permitindo ao juiz, de acordo com as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser comprovado (relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o regular ônus da prova ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário), distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la, o que pode permitir um maior equilíbrio entre litigantes eventuais e habituais.

Não é demais ressaltar, portanto, que os mediadores e conciliadores que realizarão a audiência do art. 334 do CPC/2015, deverão estar atentos às circunstâncias da causa e às peculiaridades dos fatos envolvidos. Neste ato, caso percebam algum desequilíbrio nos ônus probatórios atinentes às partes, não poderão decidir pela distribuição dinâmica do ônus da prova, pois essa é uma faculdade do magistrado (art. 373, §1º); porém, conforme a situação e a prudência a ser adotada pelo mediador ou conciliador, este poderá se utilizar da prerrogativa

5

Disponível em: <http://www.supremoemnumeros.com.br/sites/default/files/attachment/I%20Relat%C3%B3rio%20do%20Supremo%20em%20N%C3%BAmeros.pdf> . Acesso em 31.8.2013.

de suspender a audiência e retomá-la, conforme lhe permitem os arts. 165 e 166, bem como o art. 334, §2º, do novo CPC.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com todas as constatações que foram feitas durante o desenvolvimento deste trabalho, a indagação é inevitável: será que a simples criação de uma audiência de conciliação ou mediação para o início de todo e qualquer processo poderia representar a modificação da cultura adversarial que prepondera no país? A resposta a essa pergunta não é fácil.

O CPC de 2015 prevê medidas que corporificam o ideário de um processo mais cooperativo, como determinar que *“Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”* (art. 6º) e ao dispor que o juiz poderá designar audiência para saneamento do processo em cooperação com as partes (art. 357, §3º). Esse processo cooperativo, por outro lado, não pode ser interpretado sem se notar o ideário igualitário que subjaz à criação, pelo novo CPC, de mecanismos processuais como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, teoricamente perfeito para a solução de demandas de massa entre litigantes eventuais e habituais.

Entretanto, essa busca por maior cooperação precisa ser praticada e identificada na realidade social, o que ainda não ocorreu, pois o ideário conciliatório já era teorizado e idealizado no atual Código de Processo Civil, sem muita eficácia, como comprovou-se.

Algumas ideias podem vir de uma interpretação, no caso concreto, do interesse de agir e do direito de defesa pela perspectiva cooperativa. Ou seja, conjugando os arts. 6º e o art. 334, § 5º do CPC de 2015, as partes não podem ter o direito potestativo de se negar à composição através da audiência de conciliação ou mediação, meramente indicando seu desinteresse, sem qualquer justificativa razoável. Assim, as partes e seus representantes devem apresentar, de modo claro e preciso, os motivos pelos quais não podem fazer a conciliação ou a mediação e preferem ocupar o tempo e os recursos do Poder Judiciário para tanto. O magistrado, em seguida, deve realizar um juízo de proporcionalidade de tais justificativas, de modo a impedir o abuso do direito de ação e do direito de defesa, utilizando-se com maior frequência, se for o caso, do *contempt of court* trazido no 334, §8º do CPC de 2015; da extinção do feito sem julgamento do mérito com base no art. 330, III, CPC/2015, por falta de interesse de agir com o indeferimento da petição inicial (em caso de abuso do direito de ação); ou da extinção do feito com julgamento antecipado, total ou parcial, do mérito, na forma dos arts. 355 e 356 do novo CPC (em caso de abuso do direito de defesa).

Some-se a isso a interpretação que deve ser dada ao art. 334, §4º, II, do CPC/2015, não aceitando argumentos potestativos da Fazenda Pública pela impossibilidade *a priori* de autocomposição em lides que a envolvam. E, ainda, a flexibilização da distribuição do ônus da prova pelo magistrado, possibilitada pelo art. 373, §1º do novo CPC, e a suspensão da audiência de conciliação ou mediação (art. 334, §2º do novo CPC), que podem ser melhor utilizadas, quando se está diante de processos envolvendo litigantes habituais, como empresas concessionárias e a Fazenda Pública.

Todavia, essas novas perspectivas hermenêuticas não serão bem-sucedidas sem o fortalecimento de uma cultura de conciliação, o que passa por discussões sociais mais profundas, de cunho político e educacional, o que só o tempo dirá como evoluirão.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Brasília: Editora UnB, 2001.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, vol. I**, 8ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 6ª Ed. Barueri: Manole, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2012.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coord.). **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROQUE, Andre Vasconcelos. **Class actions: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?** Salvador: JusPodivm, 2013.

SANTOS, Ricardo Goretti. **Manual de mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. 5ª Ed. Curitiba: Alteridade, 2014.