

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

ADRIANA SILVA MAILLART

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

DIEGO MONGRELL GONZÁLEZ

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 Napolini - 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 – Goiás

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)

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 I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Adriana Silva Maillart; Caio Augusto Souza Lara ; Diego Mongrell González – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-042-8

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

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Formas Consensuais de Solução de Conflitos I durante o Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 23 a 30 de junho de 2020, sob o tema geral “Constituição, Cidades e Crises”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito em parceria com a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES e o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ. Trata-se da primeira experiência de encontro virtual do CONPEDI em quase três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos das mais diversas formas consensuais de solução de conflitos, bem como de uma enorme gama de técnicas e experiências a elas relacionada.

Os temas abordados vão desde a mediação de conflitos, a conciliação e até as práticas de Justiça Restaurativa. Novos trabalhos relacionando as formas consensuais e o Poder Público ganham destaque. A interdisciplinaridade com o Direito Administrativo, o Direito Tributário e o Direito Empresarial foram a novidade deste evento e as discussões se somaram ao estudo tradicional das formas consensuais.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Prof^a. Dr^a. Adriana Silva Maillart

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara

Prof. Dr. Diego Mongrell González

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Formas Consensuais de Solução de Conflitos I apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A AUSÊNCIA MATERIAL DE REPRESENTANTES DAS PESSOAS JURÍDICAS NAS AUDIÊNCIAS DO ARTIGO 334 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

THE ABSENCE OF LEGAL ENTITY MATERIAL REPRESENTATION IN 334 ARTICLE LEGAL HEARINGS STEMED FROM BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE

Tracecilia Melsens Silva Da Rocha ¹

Resumo

O presente trabalho propõe reflexão sobre a ausência material dos representantes das pessoas jurídicas nas audiências previstas no artigo 334, do Código de Processo Civil e, como isso acentua ainda mais a morosidade na resolução de demandas. Nesse sentido, lança estudo sobre o tratamento adequado ao conflito, a importância desta audiência e do papel de todos os partícipes na busca de soluções dialogadas como critério de cidadania e fortalecimento da cultura de paz e conclui ao ofertar solução jurídica em caso de ausência material. Como critério metodológico, utiliza-se pesquisa bibliográfica, desenvolvida pela análise de textos doutrinários e normativos.

Palavras-chave: Representação, Ausência, Diálogo, Cooperação, Paz

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to discuss the legal entity material absence in legal hearings that has its stems from 334 article in the Brazilian Civil Procedure Code, which its purpose is conciliation and mediation and reveals how this absence intensifies congestion to solve legal claims. Then, it studies the due approach to each conflict and participants role importance analysis to achieve dialogued solutions as a criteria to reach citizenship and inculcating a culture of Peace. It concludes offering a legal solution to this absence. These presented ideas have followed a bibliographical method, by means of legal texts, articles and books.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Representation, Absence, Dialogue, Cooperation, Peace

¹ Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Gama Filho-RJ. Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA). Analista Judiciária. Mediadora e conciliadora Judicial.

1 INTRODUÇÃO

O conflito tem sido utilizado com a conotação de um problema, estigmatizado nas estranhas do pensamento tradicional como algo pernicioso, ruim e que deve ser a todo custo repellido. Não por outra razão, o ser humano costuma fugir e evitar o confronto com as razões que levam a uma determinada desarmonia em seus relacionamentos. Este distanciamento do conflito e de suas razões é refletido na vida e no comportamento das pessoas físicas e, também, jurídicas. Existe um distanciamento velado entre pessoas e conflitos, o que acarreta terceirização da resolução de suas questões. Tal postura fomenta a cultura da litigância judicial exacerbada, ao delegar a outros, neste caso, ao Estado-Juiz, as soluções de controvérsias da vida. Urge a necessidade de novas formas de lidar com as demandas, a fim de realmente fazer-se representar em todas os possíveis vieses de tentativa de restabelecimento de diálogo e resolução de questões.

Isto posto, o objeto deste trabalho será o estudo da conciliação e mediação, sob o enfoque da necessidade de presença não somente formal, mas material de prepostos e advogados com poderes específicos para transigir e ressaltar a importância de equalizar as forças de seus mandatos e a sua efetiva presença na audiência prevista no artigo 334 do Código de Processo Civil. Dessa forma, busca debater a importância de postura ética e diferenciada, em especial das pessoas jurídicas demandadas em conflitos, demonstrando que desde a audiência inicial, seus representante devem afinar novas formas de harmonizar o cumprimento de sua representação e as exigências como partícipes de um sistema jurídico que exige comportamento probo, pautado em boa fé e cooperação processual.

De modo específico, utiliza-se de dados doutrinários e legais para compreender o encargo legal que repousa sobre os ombros daqueles que representam as pessoas jurídicas, nesta modalidade de audiência, a fim de realmente representar as pessoas jurídicas, promover diálogo condizente com a boa fé e cooperação processual, em um caminho de consolidação de cidadania e acesso à Justiça, sob pena de aplicação da multa por ato atentatório à dignidade da justiça previsto no artigo 334, § 8º do CPC, consoante enunciado nº 53 do FONAMEC - Fórum Nacional da Mediação e Conciliação, bem como esvaziamento do instituto da mediação e conciliação.

2 A JUSTIÇA MULTIPORTAS COMO CAMINHO PARA ACESSO À JUSTIÇA

A cultura da litigância encontra-se em crise, uma vez que não consegue responder em prazo razoável tudo que lhe é postulado, onde os fatores morosidade e burocracia, geram insegurança e insatisfação em todos. Entende-se, neste sentido, que a antiga abordagem, a tradicional forma de pensar e resolver, não acompanhou a velocidade das mudanças sociais que os tempos atuais atravessam.

Em que pese a garantia constitucional do acesso à justiça, foi instalada no imaginário, por meio de uma leitura irreal de que no Judiciário toda e qualquer pretensão insatisfeita deveria ser albergada, olvidando de outras possibilidades que não fosse o aparato judicial. (SPENGLER; BEDIN, 2013, p. 11-12).

Em meio a notória crise de jurisdição, um olhar diferenciado tem sido ofertado ao conflito e ao acesso à justiça. Não se trata somente do viés utilitarista de desobstruir as vias circulatórias do judiciário, para que ele possa, assim, respirar bem. Nem tampouco de resgate pois está a beira do lapso. Trata-se da mais singela, antiga, rudimentar, simples e, por vezes, mais efetiva possibilidade de dar a cada um que é seu, pela sua capacidade, por vezes esquecida, de gerir seu próprio destino.

Além disso, há um questionamento sobre até que ponto a jurisdição, por meio de sua tão desejada sentença de mérito, é instrumento hábil e capaz de resolver conflitos e de não acirrar ainda mais os ânimos. A resposta nem sempre é a desejável. Por vezes, o condão da coisa julgada não finaliza de fato a questão, ao invés disso, por vezes, deixa escapar por entre os dedos resíduos de conflituosidade.

Em suma, independente do meio buscado, o que se visa é evitar o decurso demasiado do tempo, vez que a permanência em situações conflituosas indefinidas é fator de angústia e infelicidade pessoal, seja do grito silenciado pela morosidade, seja pelo tratamento meramente formal e tradicional das controvérsias. (CITRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2013, p. 26).

Nesse sentido, assim como as pessoas são diferentes, nem sempre as soluções necessária são aquelas que se encaixam perfeitamente aos moldes de um acesso à justiça jurisdicional. Aliás, o próprio conceito de acesso à justiça não se identifica mais somente como a admissão do processo em juízo ou mesmo com a superação dos óbices de acesso a esse direito, como o de ordem financeira para representação judicial. Trata-se de uma ampla variedade de reformas, seja na estrutura dos tribunais, seja na facilitação da utilização de mecanismos privados ou informais para resolução de litígios. (CAPPELETTI; GARTH, 2002).

Assim sendo, é imperioso o reconhecimento da existência de um amplo panorama de meios de abordagens de controvérsias, o que garante acesso à instância jurisdicional, por meio

de formas diferenciadas para resolução de impasses, onde é imperioso reconhecer a existência não somente de uma via de solução, mas sim, de um panorama de meios de abordagem das controvérsias, o qual contemplaria a individualidade de cada conflito e do caminho adequado de composição, dentre eles a mediação. (TARTUCE, 2019, p.71).

Nesse sentido, o Estado ao reconhecer em si mesmo, como responsável por uma política de tratamento adequado aos conflitos, traz para si a necessidade de ofertar aos cidadãos formas diferenciadas e adequadas de tratar, cuidar, gerir e fazer nascer campos de diálogo, cooperação e resolução. Não se trata de transformar a existência da multiplicidade de opções para resolução de demandas, em uma resposta para uma lógica utilitarista onde a coisa certa a fazer é a que maximiza a utilidade, como visto pelo Filósofo moral Jeremy Bentham. E nesse caso, o utilitarismo, residiria em tão somente desafogar o judiciário. (SANDEL, 2019, p. 48).

Tal assertiva caminha na direção de um sistema multiportas, cuja intenção é disponibilizar opções diferenciadas à tradicional via contenciosa, onde tal sistema oferece para cada conflito, uma determinada porta, caminho para solução, os quais podem envolver um sistema tanto articulado pelo Estado ou não, o qual envolve métodos heterocompositivos (adjudicatórios) e autocompositivos (consensuais). (LORENCINI, 2012, p. 57).

Dada a importância disso e nesse intuito, a resolução nº125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em sua exposição de motivos, esclareceu que caberia ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também outros mecanismos de solução de conflitos, em especial os consensuais, como a mediação e a conciliação.

É necessário sublinhar que há o reconhecimento por parte do Estado do crescente anseio social de pacificação, não importando, assim, qual o meio a ser empregado, sendo irrelevante se decorreu de atividade do Estado ou por outros que sejam eficientes. (CITRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 33).

Não por outra razão que em 2015, houve o advento da lei nº 13.105/2015, atual Código de Processo Civil, CPC, na qual a mediação passou a ser reconhecida expressamente no cenário jurídico. Pouco tempo depois, a lei da mediação foi promulgada, lei nº13.140/2015, a qual representou o marco legal da mediação no Brasil e passou a fazer parte do arcabouço jurídico nacional com características e feições próprias e bem acentuadas.

Sob uma perspectiva numérica, a mediação é mencionada em mais de 39 dispositivos, a conciliação aparece em 37, a autocomposição é referida em 20 e a solução consensual

consta em 7, o que leva a um total de 107 previsões no CPC. Tais dispositivos possuem localização variada e demonstram que a mediação tem potencial para lidar com as controvérsias em diferentes momentos processuais, desde o começo até a finalização, da entrega do bem da vida almejado e devidamente convencionado pelas partes. (TARTUCE, 2019, p. 425).

3 A FINALIDADE DA MEDIAÇÃO E A ATUAÇÃO DE SEUS PARTICÍPES

O instituto da mediação vem trazer à tona o que está escondido, descortinando o real interesse a ser tratado e trazendo alento, respeito às individualidades da demanda e protagonismo às partes na resolução das questões. Trata-se de nova forma de enxergar a demanda e de promover acesso à Justiça, acesso à paz pessoal e social. Incumbe esclarecer que tanto na mediação, quanto na conciliação, é dado ao indivíduo a possibilidade de exposição de questões, interesses e sentimentos, o que se traduz no exercício prático de cidadania e proteção da dignidade dos envolvidos em situações de impasses.

Convém observar que tão nobre e importante meio de resolução, não pode ser exercido descuidadamente, o que significa que todos os partícipes devem ser capacitado e já sensibilizados à finalidade teleológica desta oportunidade que a lei lhe faculta. Nesse viés, os alicerces de um diálogo prospectivo e construtivo são construídos, seja para a demanda que se coloca na atualidade, seja para as futuras questões e decisões que serão tomadas pelas partes. E, nessa linha de raciocínio, mediar não é somente tarefa do mediador, todos devem saber o porquê de sua atuação, em que cabe a todos o dever de entender o que é mediar.

Não há mais a figura das partes apenas aguardando a solução de suas demandas ou de modelo de processo distante dos seus destinatários. Há, sim, a inegável necessidade de um novo pensamento, o qual romperia antigas posturas próprias de um sistema distante das pessoas e que necessita enxergar a realidade dos conflitos que se passam fora processo. (DINAMARCO, 2001, p. 287).

Merece ressaltar que nessa perspectiva, o artigo 3º, parágrafo 3º, do CPC, o legislador orientou que a conciliação, a mediação e outros métodos de soluções de conflitos devem ser estimulados por todos: Juízes, Ministério Público, Defensoria Pública, Advogados, ofertando saídas proveitosas para os envolvidos. E, seguiu além, ao dispor que aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé e a promover a cooperação entre si, artigos 5º e 6º do CPC, respectivamente.

No que se refere a boa fé, ao ser expressamente prevista no atual código, foi elevada à categoria principiológica de norma fundamental e que junto ao dever de cooperação, traduz-se em uma preocupação ainda maior do legislador, que não propriamente que as partes concordem ou ajudem as outras, vez que há entre elas um litígio, mas que colaborem para que o processo tenha a sua evolução de forma adequada e em tempo razoável. (GONÇALVES, 2017, P. 91).

Diante dessas considerações, os princípios de boa fé e cooperação processual figuram entre as normas fundamentais do processo, em sua parte geral, e possuem aplicação para todos os atos processuais, vinculando as partes, em toda a sua atuação, desde a primeira audiência, até o seu trânsito final da demanda.

4 A AUDIÊNCIA DO ARTIGO 334 DO CPC E SUA IMPORTÂNCIA

No procedimento previsto pelo atual CPC, ao receber a demanda, o réu será citado e no mesmo ato intimado para audiência de conciliação ou mediação, cujo termo inicial da contestação se dará ou da ocorrência da audiência de mediação ou conciliação ou da manifestação prévia de desinteresse de ambas as partes, com antecedência de 10 (dez) dias, conforme artigo 334, §5º do CPC.

É preciso acentuar que estabeleceu que em caso de ausência injustificada do autor ou réu na audiência é considerada a ocorrência de ato atentatório à dignidade da justiça, passível de multa de até 2% do valor da causa ou da vantagem econômica pretendida, tendo como credor a União ou Estado, conforme o artigo 334, §8º, do CPC.

Não obstante as muitas críticas, no sentido de obrigar a presença das partes na audiência ou os argumentos de congestionamento de pautas, o que acabaria trazendo ainda mais morosidade ao procedimento (NEVES, 2019, p. 639), o legislador optou, ao instituir uma quase obrigatoriedade da realização desta audiência, a deixar clara sua intenção: “*mesmo diante de uma demanda judicializada, a porta de entrada é a oportunidade de diálogo*”. Isto é, mesmo antes de estabelecido o contraditório formal, por meio da contestação, a vontade atual da lei é que as partes restabeçam e se reconheçam como sujeitos de direitos envolvidos em um conflito e não que sejam confundidos com a própria demanda.

Cabe frisar que se trata de um caminho bem limitado, mas por outro lado, ousado. Foi uma decisão legislativa difícil, em especial, por se tratar de exigência nova, em que o descumprimento é passível de sanção, em momento inaugural do procedimento judicializado. Inegável o seu caráter audacioso. Contudo, não há história nova que não seja rebelde, já que o

seu gesto fundador é uma revolução. Trata-se, então, de uma tentativa de trapacear com o tempo, inscrever o seu projeto no futuro, em que o tempo temporaliza, ao passo que o direito institui. (OST, 2005, p. 192-193).

Em função disso, nesse aspecto a promessa da inovação legislativa investe no futuro, compromete aquele que promete; o põe como avalista, sob o regime de uma espécie de juramento e de auto-obrigação. É como se pudesse saltar nos próprios ombros e ligar-se ao futuro, em que talvez a sorte das gerações futuras seja mais invejável do que a das gerações presentes. (OST, 2005, p. 196-197).

E, como nesse caso, a escolha teleológica foi a tentativa de resgate e diálogo, os conflitos mediados devem servir de ajuda para que os envolvidos possam afirmar reciprocamente os seus movimentos próprios, transformando suas conflitividades vinculares, o que no fundo traduz-se que sem a real construção com o outros, sem alteridade e componente ético, não há como efetivar a qualidade de vida. (WARAT, 2004, p.56).

5 EMPATIA E REPRESENTAÇÃO MATERIAL DE PROCURADORES E PREPOSTOS NA AUDIÊNCIA DO ARTIGO 334, CPC

Em mundo tão complexo como o atual, a característica da empatia, enquanto capacidade de se pôr no lugar do outro, oferece a permissão para desarmar situações de violência, auxiliar a ouvir a palavras, emoções, sentimentos e necessidades expressas ou ocultas. Por conseguinte, as pessoas podem transcender os efeitos paralisantes da dor psicológica, quando tem suficiente contato com alguém que as possa escutar com empatia. (ROSENBERG, 2006, p.214)

No contexto das negociações, a empatia é ferramenta importante para compreender a força emocional com que a outra parte promove sua defesa, a fim de reavaliar a sua perspectiva, o que traduz-se não em um custo, e sim num benefício, ao tempo que permite reduzir a área de conflito e a entender o que está ocorrendo com mais segurança. (FISHER; UTY; PATTON, 2018, p. 46-47).

Na mediação e conciliação, isso não é diferente. A empatia possui papel fundamental ao revelar ser requisito essencial que possibilita que todo aquele que participa deste meio de abordagem de demandas deve manter, seja em nome próprio, por interesse seu, seja como ente outorgado por uma procuração que lhe concede poderes para representar, negociar e transigir pela pessoa jurídica em uma audiência desta monta.

No caso da audiência de conciliação e mediação do artigo 334 do CPC, a lei facultou a possibilidade da parte se fazer representar, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir, conforme artigo 334, §10º do CPC. Contudo, essa procuração não se trata somente de instrumento que possibilita a representação de determinada pessoa por outra, concedendo poderes a terceiros para a realização de um ato ou negócio jurídico, trata-se de um dever de consonância com todos os requisitos necessários que a mediação e conciliação exigem.

Neste compasso, o poder de pacificação da conciliação é grande, uma vez que consegue alcançar um ponto de equilíbrio aceito para os interesses conflitantes e ofertando paz ao espírito das pessoas envolvidas. (DINAMARCO, 2001, p. 287). Diante disso, surge a necessidade que todas as partes percebam que a audiência prevista no artigo 334, CPC tem alta carga axiológica em verdadeira conformidade com os princípios constitucionais e processuais, bem como direitos e garantias fundamentais, os quais devem servir como limites e norteadores dessa fase processual, não bastando que o procedimento conciliatório/mediatório, seja ele judicial ou extrajudicial, se atenha a rudimentar prática de comparecer formalmente, apresentar-se, afirmar às partes se há proposta ou não. Aí está o verdadeiro sentido da procuração prevista no artigo 334, §10º do CPC, não há de ser instrumento genérico, mas sim específico com poderes para negociar e transigir.

Contudo, a prática forense mostra ausência qualitativa e material dos representantes da empresas, sejam eles prepostos ou advogados, em litígios nas audiências de conciliação do artigo 334, do CPC. Muitas vezes, a presença se dá por profissionais contratados para o ato, limitados a frase: “*Não tem proposta*”. Outros tampouco escutam qualitativamente os relatos ofertados pelas partes. Tratam-se de profissionais distantes das reais pessoas jurídicas as quais representam, distantes da finalidade do ato processual. Por conseguinte, constata-se a ausência material velada da pessoa jurídica envolvida, o que demonstra descrédito ao ato, desarmonia entre outorgante e outorgado, falta de boa fé, inexistência de diálogo e cooperação processual, além de representar desperdício de tempo e dinheiro público.

Nessa esteira, cumpre asseverar que natureza da mediação deve ir além da instrumentalidade, como terceiro momento metodológico do processo (DINAMARCO, 2001, p. 22). É relevante compreender que ela faz parte de um arcabouço de normas, dentre elas a dos direitos e garantias fundamentais, em que o procedimento deve obrigatoriamente escolher aquela que outorgue a maior efetividade e obediência à Constituição. (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 132).

Destarte, é oportuno dizer que a ausência material de representantes das pessoas jurídicas acarreta afronta à Constituição, lei processual pátria e a lei da mediação, o que evidencia a cristalina importância dos prepostos e procuradores para o bom desenvolvimento da conciliação e mediação, para que o instituto não reste esvaziado.

Não se pode olvidar que a forma processual se presta a atribuir previsibilidade, ordem e caminho a ser seguido pelas partes. Entretanto, o procedimento não se deve destinar para engessar e fazer com que o processo se transforme num fim em si mesmo. Neste viés, em um momento metodológico de formalismo-valorativo do processo, tem-se que ele deve seguir os contornos estabelecidos pelo Estado Constitucional, assegurando participação efetiva das partes. (COSTA; MARANHÃO; SANTOS, 2019, p. 10).

Em suma, a visão antiquada de resolução de conflitos, a que, por vezes, beira a indiferença no tratamento dos envolvidos, faz eclodir reações violentas e inadequadas, aumenta o conflito, multiplica demandas em várias ações, sem resolver de fato o que deveria: a lide escondida, a verdadeira causa, aquilo que não está aparente, nem ao processo, tampouco aos olhos.

É importante destacar que o que legislador visou ao permitir tal representação, é que em virtude de impossibilidade fática, de algo que seria exceção, não se perdesse a oportunidade de promover o diálogo. Se naquele momento não há como ofertar algo sob o título de “proposta”, urge o dever de ouvir e tentar esclarecer o seu ponto de vista factual da demanda e promover diálogo de qualidade, a ofertar escuta ativa ao que o demanda. E, não simplesmente, endereçar a estas audiências pessoas sem habilidades conciliatórias, destituídas da realidade das empresas e que pelo distanciamento de quem tem o poder de decisão, de escuta ativa e de uma eventual resolução, não estão de fato e materialmente presentes. Sua presença é apenas de natureza formal e cinzenta.

O que se quer dizer é que nada adianta a capacitação do mediador, a reserva de pauta, a instituição de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), se ao momento da atuação os representantes das instituições, eles apresentam-se como se ainda estivessem no Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) de suas empresas. Trata-se de insulto ao caráter teleológico da audiência do artigo 334, CPC, à mediação e à conciliação, como institutos, e às instituições democráticas.

Nesse sentido, é de bom alvitre esclarecer que uma conciliação bem sucedida não é exatamente aquela em que um acordo é formalizado, mas sim a que possibilita a capacidade de retomar uma comunicação adequada. (TARTUCE, 2019, p. 56).

Por esse perspectiva, a escuta ativa é de suma relevância devendo ser algo naturalizado por todos os mediandos, revelando-se verdadeira intervenção primordial dos diálogos colaborativos e produtivos, já que é na mediação que muitos possuem a primeira oportunidade de encontro desde o início do desentendimento. Nesse sentido, a escuta ativa exercitada na mediação e conciliação viabiliza expressões equânimes, o que gera confiança no processo de diálogo e sentimento de que é possível tanto falar, quanto ser realmente ouvido, mesmo na vigência de discordância. (ALMEIDA, 2017, p. 67).

Em âmbito processual, o processo deve ser visto, como um meio de valorização da pessoa humana, dentro de um estado de direito que privilegia o acesso à justiça, a celeridade e a efetividade, bem como prestigia a proteção de direitos e garantias fundamentais. E, nesse sentido, o estabelecimento de diálogo colaborativo, reforça a percepção de democracia mais participativa, inclusive sob o ponto de vista processual. (OLIVEIRA, 2006, p. 17).

Nesse sentido, surge um modelo cooperativo de processo, em que é preciso atender aos deveres de cooperação, o que viabiliza a flexibilização do procedimento, para o melhor alcance dos direitos fundamentais. (COSTA, 2018. p. 141). Ampliando o espectro de alcance dessa linha de raciocínio, a prática da mediação deve ser a melhor possível para permitir que nos seus atos, fases e técnicas próprias, haja fluidez e possibilidade de adaptação às peculiaridades apresentadas, atendendo ao na Constituição da República e os direitos e garantias fundamentais nela previstos.

6 HÁ UMA LUZ NO FIM DO TÚNEL? QUAL A SOLUÇÃO JÁ OFERTADA?

Desde 2014, é realizado encontro nacional das unidades judiciais de conciliação, chamado de FONAMEC - Fórum Nacional da Mediação e Conciliação. O FONAMEC é composto pelos magistrados presidentes e coordenadores dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos –NUPEMEC dos Estados e do Distrito Federal e pelos magistrados coordenadores dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC, consoante artigo 1º de seu estatuto. Destaca-se como um conselho deliberativo cujos enunciados, referendados pelo CNJ, têm força vinculativa no ordenamento jurídico. Dentre seus objetivos estão o compartilhamento de boas práticas e experiências, o aperfeiçoamento constante e o estabelecimento de diretrizes para a Política Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos.

O artigo 2º, inciso I, do seu estatuto, discorre acerca de sua finalidade, qual seja, o implemento da Mediação e Conciliação nos Estados e Distrito Federal, buscando fomentar a

cultura da paz, com a apresentação e discussão de propostas. Dentre as finalidades, a prevista em seu inciso I, possui especial importância, vez que concede ao FONAMEC a possibilidade de criação e alteração de leis, regulamentos e procedimentos no âmbito da conciliação e mediação, com abrangência nacional.

Em que pese haver entendimento que independente da postura adotada em audiência, na qual sua mera presença física, bastaria para afastar a incidência da multa prevista no artigo 334, §8º do CPC (NEVES, 2019, p. 639), o FONAMEC já formalizou entendimento, por meio do enunciado nº 53, no qual aponta que as pessoas jurídicas deverão indicar prepostos ou procuradores com reais condições de apresentar propostas de autocomposição do litígio, sob pena de incidirem na multa de que trata o §8 do artigo 334 do CPC, isto é, sob pena de aplicação de multa por ato atentatório à dignidade da justiça.

Assim o enunciado nº 53 do diz que *“As pessoas jurídicas deverão indicar prepostos ou procuradores com reais condições de apresentar propostas de autocomposição do litígio, sob pena de incidirem na multa de que trata o §8 do artigo 334 do CPC”* e apresentou como justificativa a necessidade de representação da pessoa jurídica nas audiências de conciliação por preposto com real capacidade de apresentar proposta de conciliação, sob pena de aplicação da sanção do § 8º do art. 334 do CPC/2015, tomando por parâmetro o disposto no art. 843, § 1º, da CLT, na qual é facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o preponente.

É preciso ressaltar que esse enunciado foi aprovado sem ressalvas e, portanto, já integra a Resolução nº 125/2010-CNJ, com força vinculativa, nos termos do seu art. 12-A, §2º da Resolução nº 125/2010-CNJ, incluídos pela Emenda nº 2, de 08/03/2016.

Isso não quer dizer que a empresa que envia seu representante para audiência deve deslocar o seu sócio-majoritário ou funcionário imprescindível à rotina do trabalho e da empresa. O que quis tal enunciado foi ressaltar a importância de a pessoa jurídica fazer-se representar por quem tem real conhecimentos do fato gerador daquela demanda e condições ofertar um diálogo proveitoso e relevante para entender e esclarecer posicionamentos, tal como no art. 843, § 1º, da CLT, na qual é facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha real conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o preponente, de modo a não esvaziar e tornar inócuo o encontro proporcionado pelo artigo 334, do CPC.

Caso, não haja esta presença qualificada, deve o mediador ou conciliador atestar a ausência do representante da pessoa jurídica em audiência, não se tratando assim, de matéria

que deva ser acobertada pelo princípio da confidencialidade, vez que não se trata de declaração, opinião, sugestão, ou nenhuma das hipóteses previstas no artigo 30, §1º e incisos da lei 13.140/2015.

Nessa esteira, cumpre asseverar que nem mediação, nem a confidencialidade podem ser utilizadas e subvertidas como instrumentos da ilegalidade, de modo a impedir a revelação de informação necessária à correta aplicação da lei, sob pena de subversão ao princípio da ordem pública que informa o ordenamento jurídico. (CABRAL; HALE; PINHO, 2015, p. 199).

O que se vê quando há a ausência de representante nos moldes do enunciado nº 53 do FONAMEC, é algo de ordem formal, requisito para instalação e início do procedimento de mediação e conciliação. Trata-se de presença ou ausência material, em que deve o mediador e conciliador constar em ata tal informação do representante, sob pena de estar configurada um ato que agride a justiça, a boa fé e a cooperação processual.

Destarte, não se trata de nenhuma hipótese de limite objetivo de algo legalmente confidencial, sob a égide da lei da mediação e sim de dever das partes e ato condizente ao respeito às instituições democráticas, administração da justiça e ao instituto da Mediação. Nesse sentido, há de ficar claro que a confidencialidade resguarda o processo em si e sua real finalidade, e não a sua utilização para finalidade distorcida. (MORAIS; SPENGLER, 2019, p. 181).

Face ao exposto, deve se difundir compreensão que a ausência material fática e teleológica de representantes das pessoas jurídicas nas audiências do artigo 334, CPC, representa afronta ao arcabouço de normas de direitos e garantias fundamentais, além da esvaziar o instituto da conciliação e a consecução da cultura de paz e, para tal situação, já há instrumento jurídico ofertado que entende que essa ausência material fática e teleológica representa afronta ao arcabouço de normas de direitos e garantias fundamentais, e é passível de sanção processual, tal como uma ausência injustificada.

Diante disso, o que se busca é que os acordos de interesses sejam ampliados não somente em números, mas igualmente no seu aspecto qualitativo, sob a perspectiva transformadora do conflito, com a libertária convicção que nem sempre o quantitativo é real sinônimo de resolução real de pedidos resistido. Nesse sentido, a verdadeira mediação como cultura não adversarial, tem muito que fazer para evitar a disseminação incontrolada dos atos perversos de comunicação. (WARAT, 2004, 109).

Outrossim, a tutela jurisdicional deve ser eficiente, justa e efetiva, sem formalismos excessivos, sem dilações temporais ou formalismos excessivos, que conceda ao vencedor no

plano jurídico e social, tudo a que tenha real direito, tudo aquilo a que faça jus. (OLIVEIRA, 2006, p. 9).

Entretanto, para que isso realmente ocorra, as pessoas jurídicas devem encarar a sua reponsabilidade e fazerem-se realmente presentes, encarando o conflito sob a ótica transformadora, não o postergando para momento processual futuro. E, para tanto, devem ser representados por aqueles que tem conhecimentos dos fatos, que possuem a capacidade de dialogar e de realmente participar desta audiência, não somente em seu aspecto formal, mas principalmente material, sendo capacitado materialmente a participar do procedimento conciliatório. Logo, o que se busca não são números, mas sim vidas resolvidas!

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção de caminhos diferentes dos tradicionais para a devida condução e resolução dos conflitos revela-se como um panorama, como medida necessária para um Poder Judiciário que apresenta dificuldades para administrar e resolver o crescente número de demandas da vida atual. A Justiça brasileira está cada dia mais abarrotada e longe de seus ideais de celeridade e primazia da resolução de mérito.

Por vezes, a autoridade da coisa julgada tem o condão de resolver e por fim às controvérsias da vida das pessoas. Todavia, isso não é uma regra, já que o que formalmente está plenamente acabado, nem sempre corresponde aos anseios pessoais e do valor subjetivo de justiça para as pessoas envolvidas.

Nesse sentido, a mediação tenta alterar esse paradigma de arbitrariedade e de falta de diálogo, como forma de alcançar o ideal de justiça esperado pelas pessoas, que desejam e anseiam ser escutadas e dar vazão às soluções já imaginadas, porém não externadas por medo, receio ou mesmo por falta de oportunidade processual.

A oportunidade trazida a muito custo pelo legislador ao instituir a audiência do artigo 334, CPC, como ambiente inaugural, profícuo de encontro e entendimento entre as partes deve ser habilmente utilizada para o bem das instituições democráticas. É nessa audiência que as partes possuem oportunidade valiosa de compreender a si e aos outros. Por essa razão, as pessoas jurídicas, quando representadas, devem se fazer qualitativamente presentes com prepostos dispostos a escutar ativamente, promover diálogo, esclarecimentos e ofertar atitudes condizente com a boa fé e cooperação processual que se espera de todos os partícipes da mediação e conciliação.

À vista disso, a conclusão inclina-se na compreensão que a ausência material de representantes das pessoas jurídicas nas audiências do artigo 334, CPC é afronta ao arcabouço de normas de direitos e garantias fundamentais, além da esvaziar o instituto da justiça multiporta com sua ausência material, na qual essa conduta deve ser repelida pelo ordenamento, a sujeitar à aplicação da multa por ato atentatório à dignidade da justiça previsto no artigo 334, § 8º do CPC, consoante enunciado nº 53 do FONAMEC. Não se quer comisso propagar uma advertência ou mesmo sanção processual, mas quer se chamar atenção à necessidade de valorização do diálogo enquanto ferramenta de resolução. Contudo, somente há diálogo quando há partes realmente envolvidas, na mesma sintonia de presença formal, material, responsável, ética, de boa fé e cooperadora, a fim de alcançar paz social para todos os envolvidos.

8 REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Tânia. Caixa de Ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos- São Paulo: Dash, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. 2019. Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, vol. 1. 4º ed- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. HALE, Durval. PINHO, Humberto Dalla Bernardina. O marco legal da mediação no Brasil. Comentário à Lei nº13.340/2015. São Paulo: ATLAS, 2015.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

CITRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido R. Teoria Geral do processo. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA- CNJ. Resolução nº 125/2010 e seus anexos. <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acessado em 30/04/2020.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL- Lei nº 13.105 de 2015. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acessado em 30/04/2020.

COSTA, Rosalina Moitta Pinto. MARANHÃO, Ney. SANTOS, Clarice. Instrumentalismo e formalismo-valorativo em ciência processual: há algo novo sob o sol? Revista dos Tribunais on line. Thomson Reuters. Vol. 1003/2019. Maio/2019.

COSTA, Rosalina Moitta Pinto. O Processo Cooperativo como Instrumento de Concretização dos Direitos Fundamentais. Rev. FSA, Teresina, v.15, n.4, art. 7, p. 132-150, jul./ago. 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros, 2001.

FISHER, Roger, PATTON, Bruce, URY, William. Como chegar ao sim: Como negociar acordos sem fazer concessões. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

FONAMEC- CNJ. Estatuto Do Fórum Nacional Da Mediação E Conciliação. <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/conteudo/arquivo/2016/12/d81f26ad9dbf2e3abbc17585322f7720.pdf>. Acessado em 30/04/2020.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Direito processual civil esquematizado. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição. 4ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. Manual de Direito Processual civil- volume único. 12ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

LEI DA MEDIAÇÃO. Lei nº13.140 de 2015. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acessado em 30/04/2020.

LORENCINI, Marco. Sistema Multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. Negociação, mediação e arbitragem: Curso para programas de graduação em Direito, v. 1. São Paulo/Rio de Janeiro: Método Forense, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Rio Grande do Sul: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. UFRGS, nº 26. 2006.

OST, François. Tempo do Direito. Tradução Élcio Fernandes. Bauru: Edusc. 2005.

ROSENBERG, Marshall B. Comunicação não-violenta. Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.

SANDEL, Michael J. Justiça: O que é fazer a coisa certa. 27ª edição. Rio de Janeiro: CIVILIZAÇÃO BRASILEIRA, 2019.

SPENGLER, Fabiana Marion. BEDIN, Gilmar Antônio. (org.). Acesso à Justiça, Direitos Humanos & Mediação. Curitiba: Multideia, 2013.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 5 ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

WARAT, Luiz Alberto. Surfando na pororoca: ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, Volume III. 2004.