

1 Introdução

Nos últimos anos tem ganhado força o sistema multiportas de acesso à justiça mediante o oferecimento e reconhecimento de mecanismos e meios de solução de controvérsias, em especial meios consensuais, como mediação e conciliação.

Todavia, há que se esclarecer, desde logo, que a possibilidade de conciliação, depois de instaurado o processo judicial, não é novidade, estando presente, por exemplo, na Lei nº 5478, de 25 de julho de 1968, que dispões sobre ação de alimentos e dá outras providências, assim como Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 especificamente entre seus artigos 407 e 409, da, bem como nas Leis nºs 8.952, de 13 de dezembro de 1994; 9.245, de 26 de dezembro de 1995; 10.358, de 27 de dezembro de 2001; 11.232, de 22 de dezembro de 2005, 11.382, de 06 de dezembro de 2006, que editaram o texto original do Código de Processo Civil anterior.

Porém, com a edição da resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi atribuído ao Judiciário a missão de estabelecer políticas públicas de tratamento adequado aos problemas jurídicos e conflitos de interesses não apenas por soluções adjudicadas mediante sentenças, mas também por meio de opções consensuais de solução de conflitos, atendimento e orientação ao cidadão.

Desde então uma “triste demonstração do fanatismo que tem tomado conta do âmbito doutrinário e legislativo a respeito de solução consensual do conflito” (NEVES, 2016, p. 820) vem nublando as percepções dos operadores do direito, fazendo com que compreensões exageradas, desassociadas da natureza jurídica dos instrumentos e do raciocínio jurídico venham a prejudicar a finalidade e utilidade dos meios alternativos ao método heterônimo de resolução de conflitos, como se verificará dos enunciados expedidos pelo Tribunal de Justiça Mineiro (TJMG) e pelo Fórum Permanente de Processualistas Civil (FPPC).

A sobrecarga e expectativa colocada sobre os institutos da mediação e conciliação, “ante um cenário desolador de nosso Judiciário, de aguda crise estrutural que vai resultar na mais profunda ruptura entre a satisfação do direito e o processo que o instrumentaliza” (BRAGA, 2009, p. 41), acaba por exorbitar o sentido deontológico do sistema multiportas e deturpar o sentido ontológico da mediação e da própria conciliação, trazendo confusão entre os institutos e banalizando sua construção, afastando a semântica construída em torno do instituto da mediação e mesmo da

sistemática legal.

O §8º do art. 334 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, atual Código de Processo Civil (CPC), estabelece a possibilidade de multa àqueles que não comparecem de forma injustificada à audiência de conciliação, considerando tal falta ato atentatório à dignidade da justiça.

Mesmo tal disposição legislativa atente contra o princípio da autonomia da vontade que guia o método autônomo de solução de litígios, contudo, o ponto a se destacar neste artigo consiste na indagação acerca da impossibilidade de sanção aos que deixarem de comparecer em audiência preliminar de mediação e a interpretação apresentada pelo enunciado nº 25 do TJMG e nº 273 do FPPC, que ampliam a multa aos que, injustificadamente, se ausentarem à audiência de mediação.

Diante do problema, partiu-se da hipótese sobre a ausência de previsão legal, compreendendo que somente seria legalmente viável a imposição de multa por ausência injustificada em audiência de conciliação, afastada a sua aplicabilidade aos que se ausentarem da audiência de mediação.

Outra hipótese ventilada consiste na adequação da escolha legislativa, não devendo ser considerado ato atentatório à dignidade da justiça a ausência injustificada à audiência de mediação em virtude da natureza e caráter ontológico desta espécie de audiência prévia.

O desenvolvimento teórico e investigativo impresso na pesquisa utilizou o método científico hipotético-dedutivo, possuindo como referencial teórico o atual Código de Processo Civil.

A pesquisa será construída em quatro partes, na primeira descreveremos, resumidamente, os movimentos de acesso à justiça a luz das proposições formuladas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, porém voltadas ao cenário brasileiro; na seguinte o artigo será dedicado ao exame da autonomia da vontade privada dirigida à construção da solução consensual de conflitos e princípio basilar das audiências preliminares; posteriormente empenharemos esforços a definir o conceito, natureza, características e finalidade da mediação, traçando ainda distinção ontológica entre os institutos da conciliação e mediação, conforme os atuais ditames do CPC; e ainda, por derradeiro, passaremos ao exame acerca da (in)aplicabilidade da multa do §8º do artigo 334 do CPC àqueles que injustificadamente não comparecerem à audiência de mediação.

Para o desenvolvimento do trabalho será realizado levantamento bibliográfico e da legislação pertinente, com a finalidade de contribuir para o desenvolvimento do

raciocínio jurídico-científico sobre o tema.

2 A releitura do acesso à justiça: necessidade dos novos tempos

Cappelletti e Garth (2002) ao analisarem os movimentos históricos e jurídicos de acesso à justiça identificaram três momentos renovatórios, divididos cronologicamente em “ondas”, a primeira estaria voltada à assistência judiciária integral e a justiça gratuita aos pobres; a segunda, direcionada à representação e proteção dos interesses coletivos e difusos; e a terceira teria como finalidade a promoção e simplificação de procedimentos, buscando a efetiva resolução de conflitos, reconhecendo formas alternativas à jurisdição estatal como meio a solucionar controvérsias.

Observam aqueles autores que a primeira onda renovatória tinha finalidade exclusivamente privatista e individualista, enquanto a segunda tinha como objetivo proporcionar a facilitação da possibilidade de defesa de interesses difusos ou coletivos, sem que isto significasse o afastamento de qualquer um deles.

Mesmo com foco diverso, tanto o primeiro como o segundo momento estavam dirigidos ao acesso à jurisdição estatal, se estabelecendo uma relação de sinonímia entre fazer justiça e Judiciário.

Diferente dos momentos anteriores, a terceira onda renovatória de acesso à justiça não se dedica apenas à promoção do acesso ao Judiciário, mas busca favorecer o acesso substancial à justiça.

O acesso à justiça observado na terceira onda proporciona o rompimento da relação de sinonímia até então existente entre justiça e Judiciário, ou seja, o monopólio da justiça não estaria restrito às mãos do Estado-Juiz, detentor no monopólio da jurisdição, devendo ser reconhecidas formas alternativas de solução de conflitos que não aquelas decorrentes de resoluções adjudicadas mediante sentença.

O terceiro movimento renovatório de acesso à justiça não se limitou ao reconhecimento de formas alternativas ao Judiciário como meio de alcançar a justiça, vindo a impor, concomitantemente, reformas ao arranjo jurídico por meio de normas materiais e processuais com o objetivo de apresentar soluções substanciais aos conflitos sociais que são levados ao Judiciário, alterando assim o agir e pensar estatal, bem como a forma de atuação dos profissionais que operam a máquina judiciária.

Com este enfoque trazido pela terceira onda renovatória de acesso à justiça

deve ser interpretado o inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, que reconhece a faculdade¹ do cidadão em obter do Estado-Juiz resposta jurisdicional efetiva e satisfativa ao dilema levado ao crivo estatal a ser desenvolvido sob o paradigma do Estado Democrático de Direito².

Eventual interpretação formal do princípio constitucional de acesso à justiça fundamentada na mera existência do Judiciário devidamente constituído, sem relação direta com a efetiva entrega da jurisdição satisfativa, está afastada do elemento sistemático³ que envolve o exercício de interpretação do texto constitucional.

O modelo de Estado Democrático de Direito, instituído constitucionalmente exige a interpretação substancial do acesso à justiça, por ser a “expressão popular que resulta na ideia de instituições públicas sólidas e na possibilidade de o cidadão buscar do Estado-Juiz a solução do litígio em que esteja envolvido para defesa de seus direitos” (VALCNOVER, 2014. p. 03).

Figueiredo Teixeira (1993. p. 80) argumenta que “nenhum texto constitucional valorizou tanto a ‘Justiça’, tomada aqui a palavra não no seu conceito clássico de ‘vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu’, mas como conjunto de instituições voltadas para a realização da paz social” que a Constituição da República de 1988.

A interpretação conforme a Constituição acerca do acesso à justiça repercute no vigoroso incentivo dos operadores do Direito e dos legisladores em criar meios emancipatórios para que os cidadãos possam resolver de forma consensual e autônoma os conflitos em que estão inseridos.

¹ Em decisão proferida nos autos do AgR em SE nº 5206 do STF o Ministro, Carlos Mário da Silva Velloso, por meio de seu voto condutor, afirmou que o direito fundamental de primeira dimensão consagrado no inciso XXXV do art. 5º da CRFB/88 possui natureza restritiva dirigida, exclusivamente, ao legislador, sendo facultado ao cidadão a utilização da jurisdição estatal ou meios alternativos a esta para resolução de conflitos. Para maior aprofundamento sobre o assunto, vide: RENATO HORTA. *A necessidade da harmonização e cooperação das justiças estadual e arbitral: novos tempos* In: CONPEDI, XXIV, 2015. Aracajú: CONPEDI. 2015. p. 1-17.

² Sampaio (2013. p. 71) argumenta que o termo Estado Democrático de Direito compreende no mínimo três concepções: um pouco exigente e puramente formal, outra material ou forte, e um terceiro intermediário. Foi escolhida neste artigo a concepção material ou forte em que se desloca o foco das simples enunciações para a prática.

³ “Não há, na ordem jurídica, nenhum dispositivo autônomo, autoaplicável. A norma jurídica somente pode ser interpretada e ganhar efetividade quando analisada no conjunto de normas pertinentes a determinada matéria. Quando um magistrado profere uma sentença, não aplica regras isoladas; projeta toda uma ordem jurídica ao caso concreto. O ordenamento jurídico compõe-se de todos os atos legislativos vigentes, bem como das normas costumeiras válidas, que mantêm entre si perfeita conexão. Entre as diferentes fontes normativas, não pode haver contradições. De igual modo, deve haver completa harmonia entre os dispositivos de uma lei, a fim de que haja unicidade no sistema jurídico, ou seja, uma única voz de comando. Para que a ordem jurídica seja um todo harmônico, é indispensável que a hierarquia entre as fontes formais seja preservada.” (NADER, 2014. p. 257)

A resolução de conflitos afastada da concepção heterônoma exige o reconhecimento da autonomia e capacidade privada de resolução de controvérsia, ou seja, do desejo e da disponibilidade em convergir.

3 Autonomia da vontade e a adequada solução consensual de conflito: evolução jurídica

O Código de Processo Civil estabelece em seu art. 166 os princípios informadores da conciliação e mediação, dentre os quais, o princípio da autonomia da vontade.

Todos os princípios fixados, assim como o princípio da autonomia da vontade, possuem concepções deontológicas a determinar que “algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2008, p. 90).

Observa-se que o caráter deontológico do princípio da autonomia dirigida à resolução consensual de conflitos se dá a *prima facie* enquanto as razões definitivas encontram-se erigidas em regras presentes no capítulo V, “Da audiência de conciliação ou de mediação”, do título I, “Do procedimento comum”, do livro I, “Do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença”, da parte especial do CPC.

Cabe destacar, desde logo, que o princípio da autonomia da vontade não se confunde com o princípio da autonomia privada, ainda que, de maneira geral, há autores que utilizam os termos como sinônimos, como adverte Roberta Elzy Simiqueli de Faria (2007, p. 60).

O princípio da autonomia da vontade, desenvolvido no modelo de Estado Liberal, esteve assentado na concepção de liberdade igualdade formal em que a construção normativa era construída livremente pelos envolvidos cabendo ao Estado-Juiz garantir o cumprimento de acordos avençados e não limitados pelo Estado-Legislator, estando livres as partes para pactuarem aquilo que desejavam.

A autonomia da vontade se mostrava adequado ao paradigma de Estado Liberal, contudo, em virtude, muitas vezes, da ausência de igualdade e liberdade material entre as partes e crescimento dos movimentos sociais no período seguinte ao pós Primeira Guerra Mundial, o Estado capitalista burguês se viu obrigado a abandonar

o modelo do Estado Liberal dando início ao modelo de Estado Social⁴, mais organizado, buscando corrigir as divergências por meio de grande regulação da vida pública e privada.

O novo paradigma tornou o direito o maior vetor moral destinado a proporcionar proteção e libertação, voltada à preservação de igualdade material entre os indivíduos em suas relações mútuas (justiça comutativa⁵) ou em suas relações sociais (justiça distributiva⁶) com a finalidade de fazer justiça e alcançar progresso (DIAS, 2003, p. 30-32).

Neste momento “o Estado deixa de ser mero garantidor das relações particulares e passa a intervir na esfera privada” (FARIA, 2007, p. 57) dirigindo e limitando a autonomia da vontade, sem, contudo por fim a ela.

A intervenção estatal alterou os contornos da autonomia da vontade, todavia, o princípio da autonomia da vontade permanece em vigor com maior ou menor influência conforme desejo estatal.

As limitações impostas ao princípio da autonomia da vontade não afastou sua aplicação, contudo, esta deve ser lida como elemento integrante do princípio da autonomia privada (FIÚZA, 2003, p. 311), indispensável à realização de negócios jurídicos e dos atos processuais.

O atual CPC ao disciplinar os auxiliares da justiça assim como as audiências de mediação e conciliação estabeleceu, de forma inarredável, os princípios que devem reger a conciliação e mediação, dentre os quais, explicitamente, o princípio da “autonomia da vontade” conferindo às partes o amplo direito de resolverem seus conflitos, ainda que já judicializados por meios que valorizem a vontade particularizada dos envolvidos.

⁴ Neste estudo adota-se a seguinte classificação: O Estado Social constitui em ações políticas de intervenção social e econômica no Estado possuindo como marco inicial a política *New Deal* incentivado por movimento social do início do século XX que tinham como intuito a conquista de direitos sociais. O Estado do bem estar social consiste em programas pontuais de governos desenvolvidos na Europa ocidental e nos Estados Unidos da América no período pós Segunda Guerra Mundial, possuindo como marco o plano Marshall. O Estado-providência constitui-se em políticas públicas sociais e econômicas desenvolvimentistas efetuadas em periféricos, como o Brasil, com o objetivo assistencial de fomentar diretamente setores econômicos e sociais.

⁵ “O argumento da justiça compensatória/comutativa é aquele que afirma a necessidade das políticas de ação afirmativa para compensar as vítimas de uma discriminação passada. A sociedade, ao adotar as referidas políticas, está “promovendo, no presente, uma ‘reparação’ ou ‘compensação’ pela injustiça cometida no passado aos antepassados das pessoas pertencentes a esses grupos sociais.” (BARZOTTO, 2003, p. s.p)

⁶ ““diz respeito à necessidade de se promover a redistribuição equânime dos ônus, direitos, vantagens, riqueza e outros importantes ‘bens’ e ‘benefícios’ entre os membros da sociedade.” (GOMES, 2001, p. 66 *apud* BARZOTTO, 2003, p. s.p)

Contudo, apesar da explícita menção ao princípio da autonomia da vontade no *caput* do art. 166 do CPC os litigantes estão impedidos de ausentarem ou de não se fazerem representar, injustificadamente, à audiência de conciliação (§8º do art. 334) e mediação (enunciado nº 25 do TJMG e enunciado nº 273 do FPPC).

A limitação imposta ao princípio da autonomia da vontade ainda que lida sob o viés do princípio da autonomia privada fragiliza os fundamentos da conciliação e mediação, pois sobre o âmago dos institutos paira a principal restrição, submissão obrigatória à audiência prévia.

Contudo, como se observará a seguir a imposição de multa àquele que se ausentar ou deixar de enviar representante, injustificadamente, à audiência de mediação, além de atentar contra os fundamentos do princípio da autonomia da vontade acima delineado, também colide com a autonomia privada, com o Estado de Direito, com a natureza e finalidade da mediação.

4 O ordenamento jurídico processual e os critérios objetivos para designação de audiência de mediação: não há discricionariedade judicial

Inicialmente se mostra relevante analisar o conceito apresentado à mediação com o objetivo de definir seus contornos e sua natureza.

Segundo Adolfo Braga Neto mediação é:

Mediação é uma técnica não-adversarial de resolução de conflitos, por intermédio da qual duas ou mais pessoas (físicas, jurídicas, públicas, etc.) recorrem a um especialista neutro, capacitado, que realiza reuniões conjuntas e/ou separadas, com o intuito de estimular-las a obter uma solução consensual e satisfatória, *salvaguardando o bom relacionamento* entre elas. (BRAGA NETO, 1999, p.93)

Ildemar Egger:

Mediação é um método extrajudicial, não adversarial, de solução de conflitos através do diálogo. É um processo autocompositivo, isto é, as partes, com o auxílio do mediador, superam o conflito sem a necessidade de uma decisão externa, proferida por outrem que não as próprias partes envolvidas na controvérsia. Ou seja, na mediação, através do diálogo, o mediador auxilia os participantes a descobrir os verdadeiros conflitos, seus reais interesses e a trabalhar cooperativamente na busca das melhores soluções. A solução obtida culminará num acordo voluntário dos participantes. A mediação consegue, na maioria das vezes, *restaurar* a harmonia e a paz entre as partes envolvidas, pois o mediador trabalha especialmente nas inter-relações. Na mediação, as soluções surgem espontaneamente, reconhecendo-se que a melhor sentença é a vontade das partes. (EGGER, 2002, p.60).

Observa-se que nos conceitos propostos além da técnica evidente e indispensável ao instituto é apresentado também o objeto teleológico da mediação que

corresponde ao intuito de restabelecer o diálogo entre os conflitantes, ou seja, o retorno a um momento anterior em que era possível a interação das partes, sendo forçoso concluir que entre os litigantes já teria havido, em algum tempo, intensa relação amistosa convolada em conflituosa.

Este também é o objetivo e a condição proposta pelo §1º, do art. 2º da Lei nº 13.140, de 26 de julho de 2015, que prevê a possibilidade de fixação de mediação em instrumento contratual, reconhecendo assim a necessidade de ter existido, em momento anterior ao conflito, relações de fidedignidade e consensualidade entre as partes, indispensáveis à contratação.

Mesmo DIDIER JÚNIOR (p. 274, 2016), para quem a diferença entre mediação e conciliação é sutil ou mesmo inexistente, a mediação seria mais indicada para casos em que exista relação anterior e permanente entre os interessados.

O §3º do art. 165 do CPC, mesmo direcionado à figura do mediador e não propriamente à audiência de mediação, apresenta como finalidade da audiência de mediação o estabelecimento de condições favoráveis ao “reestabelecimento da comunicação”, estabelecendo a necessidade de haver relação intensa entre as partes anteriores ao conflito, além de reconhecer também ao instituto da mediação a sua capacidade emancipatória e suficiente para solucionar conflitos.

Desta forma não resta dúvida que, para que se possa dizer sobre mediação é indispensável a existência de relação intensa e amistosa prévia ao conflito, pois não há como “reestabelecer” algo que não tivesse existido anteriormente.

Contudo, a atuação do mediador em audiência específica e a aplicação de técnicas mediadoras foram relativizadas no Código de Processo Civil, vindo o caderno processual a flexibilizar a atuação tanto do conciliador como do mediador, não condicionando a atuação destes, respectivamente, à ausência ou existência de vínculo entre as partes conflituosas, ou seja, é possível ao conciliador e mediador atuarem em conflitos aos quais existam ou não previa relação amistosa entre as partes, sem que isto desnature o tipo de audiência a ser realizada, se conciliação ou mediação.

Assim, o que temos nos §§ 2º e 3º do art. 165 do CPC é a possibilidade de pessoa capacitada para determinado tipo de procedimento realizar outro ao qual não possui formação técnica, ainda que de forma excepcional, como se verifica do exame sistemático dos parágrafos mencionados combinados com o §1º do art. 334 do mesmo código.

A possibilidade apresentada afasta a precipitada conclusão segunda a qual a

definição acerca da natureza da audiência, se conciliação ou mediação, decorreria da escolha do auxiliar capacitado para conciliar ou mediar, justamente porque, nos termos dos §§ 2º e 3º ambos do art. 165, do CPC, os auxiliares da justiça não estão vinculados, rigorosamente, àquilo para o qual foram capacitados⁷.

Observa-se também que a audiência de conciliação e mediação poderá ser realizada por magistrado⁸, conforme inciso V, do art. 139 do CPC, a quem caberá, a qualquer tempo, o dever-poder de realizar audiência visando a autocomposição, ainda que, preferencialmente, com o auxílio de conciliador ou mediador (REDONDO, p. 223, 2016).

Portanto, não será a pessoa ou a formação daquele que preside a audiência que irá determinar sua natureza, ou seja, substancialmente quando o objetivo da audiência for o “reestabelecimento da comunicação” (BRASIL, 2015b) entre as partes submetidas aos contornos estabelecidos pelo Código de Processo Civil, estaremos sempre diante de audiência de tentativa de mediação, assim ainda que o magistrado designe audiência de conciliação ou a audiência preliminar venha a ser presidida por conciliador ou magistrado, a depender de sua finalidade, poderemos estar diante de uma mediação, não sendo possível ao magistrado ou ao auxiliar da justiça desnaturar a espécie de audiência, cuja lei já definiu.

A técnica a ser empregada pelo auxiliar da justiça, mediador ou conciliador, ou ainda pelo magistrado, quando no exercício da função de mediar, deve compreender a investigação das motivações conflituosas que muitas vezes extrapolam as razões jurídicas formalmente trazidas ao Judiciário, para que então consiga aclarar as nebulosas relações pretéritas construídas pelas partes e incentiva-las a encontrar soluções adequadas à resolução de conflitos, conforme estabelecido pelo §3º do art. 165 do CPC, colocando fim a animosidades.

A técnica a ser empregada pelos auxiliares da justiça ou pelo magistrado na mediação consiste em ações voltadas à emancipação das partes para que estas consigam “identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios próprios” (§3º do art. 165 do CPC).

Essa autonomia concedida às partes justifica a dispensa da advertência ao mediador que “vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação

⁷ O §1º do art. 167 do CPC exige curso de formação aos conciliadores e mediadores conforme parâmetro curricular a ser definido pelo CNJ.

⁸ Enunciado 9 - (art. 165) As audiências de conciliação poderão ser realizadas pelos conciliadores existentes na comarca ou pelo próprio juiz, até que o Tribunal forme o quadro respectivo (TJMG, 2016).

para que as partes conciliem” (BRASIL, 2015), porém imposta ao conciliador no §2º do art. 165 do CPC.

Os objetivos traçados pelo Código de Processo Civil exigem que o mediador conheça e desenvolva técnicas necessárias para alcançar a finalidade descrita, sendo esta a razão dos termos fixados no §1º do art. 167 do mesmo diploma legal, relacionadas à habilitação dos auxiliares da justiça.

Porém, utilizando do mesmo raciocínio acima desenvolvido, a luz dos §§ 2º e 3º do art. 165 do CPC, ainda que a pessoa que presida a audiência de mediação não possua qualificação técnica específica, tal fato não afastará a natureza substancial da audiência, cabendo àquele que funcionar como mediador observar o objetivo teleológico do instituto, destinado ao reestabelecimento da comunicação das partes, e as características legalmente fixadas, solução consensual por meio da emancipação, possibilitando assim a mediação.

Diante de tais argumentos temos por afastada a concepção segundo a qual a mediação no atual CPC se resumiria a técnica⁹ destinada à obtenção de autocomposição, inexistindo, analiticamente, aspectos substanciais a lhe conceder natureza autônoma, sendo forçoso, muito antes pelo contrário, concluir que havendo relação intensa e consensual anterior ao conflito entre as partes a audiência prévia a ser designada será, invariavelmente, a audiência de tentativa de mediação mais complexa e voltada ao restabelecimento amistoso, independentemente de quem irá presidi-la, ou de sua qualificação técnica, cabendo, em todo caso, observar a finalidade e características impostas pelo Código de Processo Civil.

5 Inexistência de ato atentatório à dignidade da justiça por ausência injustificada à audiência de tentativa de mediação

O capítulo V, do título I, do livro I da parte especial do CPC, composto unicamente pelo art. 334, regula a audiência prévia de tentativa de conciliação ou mediação.

No único artigo referido tem-se explícita a dicotomia entre as audiências de conciliação e mediação a que os artigos pretéritos já haviam relatados, primeiramente

⁹ Diferente é a concepção adotada pela Lei nº 13.140/2016, segunda a qual: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.” (BRASIL, 2015).

em virtude do título atribuído ao capítulo V, “da audiência de conciliação *ou* de mediação” (BRASIL, 2015), em que o legislador utilizou o conectivo excludente, *ou*, para diferir os tipos de audiência, construindo a semântica segundo a qual determinado tipo de audiência, condicionalmente, exclui a outra.

Ainda, tanto no *caput* como nos parágrafos do referido artigo, o legislador cuidou de repetir de forma exaustiva os termos “audiência de conciliação” e/ou “audiência de mediação”, ainda que em sua ampla maioria as disposições se referissem a ambos os tipos de audiência prévia, fato que deixa explícita a intenção de destacar que os dispositivos são aplicados a ambos os tipos previstos de audiências prévias e a sua autonomia frente à outra espécie de autocomposição.

Contudo, ao tratar no §8º acerca do não comparecimento injustificado do autor, do réu ou de ambos à audiência prévia e suas consequências, o legislador somente considerou como ato atentatório à dignidade da justiça a ausência injustificada à audiência de conciliação nada tratando acerca da audiência de mediação, apesar desta ser reiteradas vezes mencionada tanto em parágrafos anteriores como ulteriores.

A ausência da previsão da audiência de mediação no §8º do art. 334 do CPC não nos parece compreender lapso do legislador e tampouco deve ser compreendida como forma a conceder semântica sinonímia aos institutos da conciliação e mediação, tratando-se de escolha legislativa consciente e adequada.

De forma contrária posiciona-se Eduardo Cambi (2015, p. 887) quando comenta:

Ademais, embora o art. 334, §8º, do NCPC tenha se referido apenas à audiência de conciliação, a sanção pelo não comparecimento também deve ser imposta a ausência na audiência designada para mediação, pois a interpretação sistemática do NCPC impede a existência de tratamento diferenciado entre ambos os meios, igualmente relevantes, de autocomposição.

Em que pese o posicionamento do autor, salvo melhor juízo, a interpretação sistemática não nos leva à conclusão a que ele chegou, pois, como já argumentado anteriormente, em todo o capítulo V examinado o legislador frisou, quando assim desejou, de forma até mesmo redundante, a necessária implicação das disposições tanto às audiências de conciliação como de mediação, deixando de proceder da mesma forma justamente no §8º do art. 334 do CPC, em que trata exclusivamente da audiência de conciliação.

Portanto, acreditamos que a ausência de audiência de mediação no referido parágrafo trata-se de escolha legislativa implícita e explícita, tendo em vista que, o

legislador quando quis apontou precisamente quando pretendia aplicar dispositivos às espécies de audiência, se conciliação e/ou mediação.

Ainda que para nós o texto legal se apresente de forma clara e incontestável, ou seja, somente admitindo condenação a multa prevista por ato atentatório à dignidade da justiça quando a parte, injustificadamente, se ausentar ou não enviar representante com poderes suficientes à audiência de conciliação¹⁰, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) e o Fórum Permanente de Processo Civil (FPPC) editaram, respectivamente, os seguintes enunciados:

Enunciado 25 - (art. 334, §8º) A multa pelo não comparecimento injustificado da parte será imposta no termo da própria audiência de conciliação ou *mediação* e fixado o prazo para pagamento (TJMG, 2015).

Enunciado 273 - (art. 250, IV; art. 334, § 8º) Ao ser citado, o réu deverá ser advertido de que sua ausência injustificada à audiência de conciliação ou *mediação* configura ato atentatório à dignidade da justiça, punível com a multa do art. 334, § 8º, sob pena de sua inaplicabilidade. (Grupo: Petição inicial, resposta do réu e saneamento) (FPPC, 2016).

Os enunciados acima colacionados refletem o fanatismo (NEVES, 2016, p. 820) pela resolução consensual do conflito a qualquer custo, inclusive por meio de proposições sem fundamento legal ou contrários à natureza consensual das audiências de mediação, servindo a ameaça da multa a ser imposta como meio coercitivo ao comparecimento à audiência prévia ainda que eventual acordo conserve-se no plano da eventualidade ou faculdade.

Mesmo que nos respectivos enunciados destinados a orientar as interpretações a serem aplicadas ao Código de Processo Civil não restem fixados, expressamente, o acolhimento do posicionamento segundo o qual haveria sinonímia entre os institutos da conciliação e mediação, como defendido por Freddie Didier Júnior (p. 274, 2016), é forçoso crer que tanto o Tribunal de Justiça mineiro como o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis adotem tal entendimento, pois, como se verifica no texto legal, a sanção a ser aplicada por ausência injustificada a audiência está restrita à espécie conciliação.

Observa-se que a escolha legislativa pela exclusão da audiência de mediação ditada no §8º do art. 334 do CPC é adequada, pois, considerando as duas espécies de

¹⁰ Autores como THEODORO JÚNIOR, *et al* (p. 242 e 243, 2016), REDONDO (p. 225 e 226, 2016) e DIDIER JÚNIOR (p. 274, 2016) se resumem a transcrever em suas respectivas obras a literalidade do texto normativo, restringindo a possibilidade de aplicação da multa por ato atentatório à dignidade da justiça à parte que, injustificadamente, se ausentar da audiência de conciliação, sem contudo problematizar a afirmativa, não sendo possível afirmar com segurança desejada o posicionamento de cada um deles.

audiência prévia, conciliação ou mediação, a necessária apresentação recíproca das partes ou de seus respectivos representantes, assim como a sugestão de soluções para o fim do litígio com o objetivo de reduzir o número de processos a serem julgados pelo Estado-Juiz se faz presente na audiência de conciliação, sendo relevante oportunizar às partes a possibilidade de estabelecer relação interpessoal com auxílio intenso do conciliador visando construir soluções dialógicas para por fim ao conflito jurídico, que tenha origem em desentendimentos sobre temas únicos decorrente de efêmera relação anterior.

Algo diferente das audiências de mediação em que as partes possuem relação jurídica anterior intensa e o objeto conflituoso, ainda que jurídico, se tornou conflituoso por múltiplas e complexas razões, sendo necessária a presença de um terceiro, mediador, para então auxiliar os envolvidos a solucionarem não apenas a demanda levada ao judiciário, mas o conflito, que, mesmo não jurídico circundam o litígio, restabelecimento da comunicação.

Observa-se que a finalidade e o desenvolvimento da audiência de mediação são mais amplas e profundas, sendo para tanto indispensável o desejo das partes em participar do procedimento, desejo esse livre e gracioso não como resultado de imposição jurídica, ainda que limitada apenas ao comparecimento em audiência, conforme princípio da autonomia de vontade a que alude o *caput* do art. 166 do CPC.

Vale também destacar que todas as condutas ditas como atentatórias à dignidade da justiça e sujeitas a sanção dispostas no atual CPC, são apresentadas em *numerus clausus*, inadmitindo de tal maneira, interpretação extensiva como se infere dos dispositivos seguintes dispositivos, art. 77, IV, VI e seus parágrafos; art. 161, parágrafo único; art. 772, II; art. 774 e parágrafo único; art. 777; art. 903, §6º; e art. 918, parágrafo único.

Portanto, temos que a conduta atentatória à dignidade da justiça a que se refere o art. 334, §8º do CPC exige tipicidade formal, assim como as demais catalogadas no atual Código de Processo Civil, cuja subsunção do fato a norma é indispensável para aplicação da sanção.

Em virtude do exposto temos que obrigar as partes a se reunirem pessoalmente, ou ainda que por preposto (§10, do art. 334 do CPC) em audiência de mediação, sob a ameaça de multa, poderá causar maior constrangimento e hostilidade entre os envolvidos, algo que justifica a escolha legislativa pela inaplicabilidade de sanção pecuniária ao que se ausentar, injustificadamente, à referida audiência, em virtude de

sua natureza, sendo ainda forçoso afirmar que as condutas catalogadas no atual CPC como atentatórias à dignidade da justiça são dispostas em rol taxativo, não admitindo interpretação extensiva, não sendo razoável aplicar sanção destinada apenas a ausência injustificada em audiência de conciliação também na mediação, por ausência de previsão legal e ausência de sinonímia entre os institutos.

Portanto, torna-se indispensável o reconhecimento da autonomia da mediação, desvinculada da conciliação, assim como a fixação de critérios objetivos para a sua definição a afastar arbitrariedades e conceder interpretação adequada do §8º do art. 334 do CPC, por meio da análise dos dispositivos pertinentes.

6 Conclusões

O atual Código de Processo Civil reconheceu o sistema multiportas de acesso à justiça voltando à necessária entrega da jurisdição satisfativa, por meio de processos constitucionais democráticos, reconhecendo a emancipação cidadã e a capacidade humana de resolução autônoma de conflitos.

As resoluções de conflitos possuem maior amplitude que as resoluções das demandas judiciais que, em determinados casos, agravavam a hostilidade entre os envolvidos, fato que, juntamente com a morosidade das decisões judiciais, justificou a maior abertura reconhecida pelo atual CPC a meios consensuais como regra a solucionar litígios.

A resolução consensual de conflitos assenta-se no princípio da autonomia da vontade, a qual o art. 166 do CPC, expressamente, faz referência. A autonomia da vontade como supedâneo à resolução de conflitos levados à jurisdição estatal encontra na conciliação e mediação a possibilidade de se desenvolver.

Na conciliação o objetivo é a resolução do conflito por meio do diálogo entre as partes conduzido por terceiro, que possui maior liberdade para auxiliar os envolvidos a encontrarem resoluções para divergências jurídicas sobre situação singular que lhe levou ao litígio.

Por outro lado, na mediação, o litígio levado ao Judiciário possui ramificações em situações intensas e pretéritas, nem sempre exclusivamente jurídicas, sendo importante que as ações práticas em seu exercício tenham como objetivo o reestabelecimento da comunicação anteriormente existente até então perdida ou conturbada entre as partes, possuindo assim, natureza complexa e diversa da conciliação

ao se destinar a resolução estrutural dos conflitos existentes entre as partes e não apenas da demanda levada ao crivo do Judiciário.

Portanto, a designação de audiência se conciliatória ou mediadora não comporta discricionariedade do magistrado, pois, cada qual possui natureza e finalidade específica, sendo determinante para tanto observar a complexidade, natureza, existência e o grau de intensidade das relações anteriores ao litígio que envolve as partes para que então se defina a espécie de audiência preliminar a ser designada, algo importante em virtude da sanção fixada no §8º do art. 334 do CPC.

O artigo 334 do CPC disciplina a obrigatoriedade, em regra, da audiência prévia, tratando no seu *caput* assim como em quase todos os seus parágrafos, concomitantemente, das duas espécies de audiência, conciliação e mediação.

Contudo observando o §8º do art. 334 do CPC verifica-se que o legislador optou por não atribuir à ausência injustificada da parte ou de seu representante à audiência de mediação a pecha de ato atentatório à dignidade da justiça e, por consequência, a multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, a ser revertida em favor da União ou do Estado, estando a penalidade reservada, exclusivamente, às audiências de conciliação.

A opção legislativa pela inaplicabilidade de multa por ato atentatório à dignidade da justiça àquele que se ausentar, injustificadamente, da audiência de mediação se mostra adequado em virtude da natureza do instituto, assim como de seus objetivos, pois, conforme o momento ou a situação em que as partes estão envolvidas, a mediação poderá prejudicar o reestabelecimento da comunicação já fragilizada entre as partes.

Assim, é forçoso concluir que a mediação constitui espécie autônoma ao lado da conciliação, não se confundindo com esta, sendo também evidente a inexistência de previsão legal a sustentar a aplicação de multa por ato atentatório à dignidade da justiça àquele que se ausentar, injustificadamente, de audiência de mediação.

Restaram demonstrado que o legislador em todo o art. 334, que trata sobre as audiências de conciliação e mediação, quando quis, identificou detidamente a qual espécie deveria ser aplicada as regulamentações, sendo evidente a escolha legislativa, o que, afasta argumentos direcionados a eventual lapso do legislador.

Também foi observado que as condutas fixadas como atentatórias à dignidade da justiça são apresentadas no atual CPC em *numerus clausus* não se admitindo a interpretação extensiva de seus institutos em virtude da tipicidade formal, não sendo

possível a subsunção da conduta ao dispositivo legal deve ser afastada a sanção prevista.

Portanto, temos que a aplicação da sanção prevista no §8º do art. 334 do CPC somente é cabível nos casos em que a parte se ausentar pessoalmente ou deixar de apresentar preposto com poderes suficientes, de forma injustificada, em audiência de conciliação, deixando as partes de se manifestarem, expressamente, pelo desinteresse na composição consensual, ou, quando não se admitir a autocomposição, não se estendendo à audiência de mediação face sua natureza jurídica, determinação legal, escolha legislativa e interpretação sistemática de todos os dispositivos que envolvem o tema.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008;

BAZOTTO, Luiz Fernando. Justiça Social: Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, V 5, nº 48, mai. p. s.p. 2003;

BRAGA, Rodrigo Bernardes. **Teoria e prática da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009;

BRAGA NETO, Adolfo. **Os advogados, os conflitos e a mediação**. In: OLIVEIRA, Ângela (coord.) **Mediação: métodos de Resolução de Controvérsias**. São Paulo: LTr, 1999;

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**, disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

Acessado em 09 abr 2017;

BRASIL, **Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968**, disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5478.htm. Acessado em 08 abr 2017;

BRASIL, **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acessado em 08 abr 2017;

BRASIL, **Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994**, disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm#art1. Acessado em 08 abr 2017;

BRASIL, **Lei nº 9.245, de 26 de dezembro de 1995**, disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9245.htm#art1. Acessado em 08 abr 2017;

BRASIL, **Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005**, disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm#art4.

Acessado em 08 abr 2017;

BRASIL, **Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006**, disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm#art4.
Acessado em 08 abr 2017;

BRASIL, **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**, disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acessado
em 09 abr 2017;

BRASIL, **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**, disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acessado
em 09 abr 2017;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5206**. Agravante: M B V commercial and export management establiment. Agravado: Evandro Catunda de Clodoaldo Pinto e outros. Ministro Relator: Carlos Mário da Silva Velloso. DJ: 30 abr 2004. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>.
Acessado em 09 abr 2017;

CAMBI, Eduardo. **Audiência de conciliação ou de mediação**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JÚNIOR, Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (coord.) Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015;

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do Judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009;

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**, disponível em:
http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/Resolucao_n_125-GP.pdf.
Acessado em 08 abr 2017;

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2003;

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento**. Vol. 1. Salvador: Jus Podivm, 2016;

EGGER, Ildemar. **Cultura da paz e mediação: uma experiência com adolescentes**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008;

FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Hermenêutica da vontade como princípio informador da mediação e conciliação. **Revista de informações legislativa**, Brasília, ano 48, nº 190, abr/jun 2011.

FARIA, R. E. S. **Autonomia da vontade e autonomia privada: uma distinção necessária**. In: Direito civil: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e

existenciais. César Fiúza, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2007;

FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio. **As garantias do cidadão na Justiça**. São Paulo: Saraiva. 1993;

FIÚZA, César. **Direito civil**: curso completo. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003;

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados**. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>. Acessado em: 22 abr 2017;

GALVÃO, F. K.; GALVÃO FILHO, M. V. **Da mediação e da conciliação na definição do novo código de processo civil**: art. 165. *In*: A mediação no novo Código de Processo Civil. Diogo Assumpção Rezende de Almeida; Fernanda Medina Pantoja; e Samantha Pelajo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2016;

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense. 2014;

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de direito processual civil**. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016;

REDONDO, B. G. **Conciliação e mediação**. *In*: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Temas essenciais do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016;

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey. 2013;

SILVA, A. H. **Arbitragem, mediação e conciliação**. *In*: Mediação, arbitragem e conciliação. Eduardo de Oliveira Leite (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2008;

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2016;

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Enunciados sobre o Código de Processo Civil/2015**. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/D3/80/B8/74/089835108C58A735DD4E08A8/enuncia-dos-novo-cpc.pdf>. Acessado em: 22 abr 2017;

VALCANOVER, Fabiano Haselof. O princípio do acesso à justiça após a Emenda Constitucional nº 45/2004. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 14, nº 1104, 30 jan 2014.