



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

APELOS, GRITOS E ECOS DO ARTIGO 334, DO CPC DE 2015. SUA INSERÇÃO NO
ORDENAMENTO PÁTRIO E SEUS REFLEXOS NA TUTELA JURISDICIONAL

Daniel Valério de Siqueira Fonseca

Rio de Janeiro
2017

DANIEL VALÉRIO DE SIQUEIRA FONSECA

APELOS, GRITOS E ECOS DO ARTIGO 334, DO CPC DE 2015. SUA INSERÇÃO NO
ORDENAMENTO PÁTRIO E SEUS REFLEXOS NA TUTELA JURISDICIONAL

Artigo apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Neli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

APELOS, GRITOS E ECOS DO ARTIGO 334, DO CPC DE 2015. SUA INSERÇÃO NO ORDENAMENTO PÁTRIO E SEUS REFLEXOS NA TUTELA JURISDICIONAL

Daniel Valério de Siqueira Fonseca

Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito - UFRJ. Servidor Público efetivo dos quadros do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduando no curso de preparação para a carreira da Magistratura da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – o trabalho analisa a regra trazida pelo art. 334, do CPC/2015, o qual impõe como regra a designação de uma audiência de conciliação ou de mediação no início dos processos que seguem o rito comum. Da pesquisa das razões e dos objetivos que levaram o legislador a criar tal previsão, verifica-se que seu intento é reduzir o número de ações no Judiciário, bem assim o tempo de tramitação delas. Da abordagem sobre as diferentes manifestações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, verifica-se acesa controvérsia acerca da adequação do novo comando legal ao sistema jurídico no qual é inserida. E, ao se observar efeitos práticos dessa inserção, tanto do ponto de vista do aplicador da norma como do ponto de vista do jurisdicionado, tomando-se como parâmetro para o estudo o cenário do Poder Judiciário Estadual fluminense, pode se concluir que a norma, embora tenha o mérito de incentivar mudança no próprio pensamento litigioso, o que é essencial à melhoria da prestação jurisdicional, acaba por confrontar direitos e preceitos constitucionais e legais, sendo nesse primeiro momento muito custosa e pouco eficaz ao seu intento.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Audiência. Conciliação. Mediação. Artigo 334 do CPC. Obrigatoriedade. Reflexos. Celeridade. Razoável duração. Efetividade. Tutela Jurisdicional.

Sumário – Introdução. 1. Das razões e dos objetivos do legislador para a imposição, como regra, da audiência do artigo 334, do CPC. 2. A divergência doutrinária acerca da obrigatoriedade da designação da audiência de conciliação ou de mediação e das hipóteses em que há óbice a sua realização. 3. A divergência, no Tribunal de Justiça do Rio De Janeiro, acerca da obrigatoriedade da designação da audiência do art. 334, do CPC. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O art. 334, do novo Diploma Processual Civil, impõe regra de designação de uma audiência de conciliação ou de mediação no início do procedimento comum dos processos cíveis, a qual apenas não será realizada se ambas as partes manifestarem expressamente desinteresse na composição consensual ou quando não admitir a causa autocomposição.

O objetivo do presente estudo é pesquisar os motivos que ensejaram a criação da norma e sua adequação ao sistema jurídico vigente, bem assim verificar o impacto imediato

do novo regramento ao cotidiano forense e ao processo em si; o que se justifica porque, decorrido mais de um ano desde a implementação da regra, ainda se vê acessa a polêmica acerca da melhor norma a ser extraída do texto legal, polêmica que já aparecia no âmbito doutrinário mesmo antes da vigência do atual Código de Processo Civil e que se vê refletida no âmbito jurisprudencial, uma vez que há entendimentos diversos entre os órgãos julgadores.

O primeiro capítulo debruça-se sobre os aspectos históricos que levaram ao enorme aumento de contendas judicializadas e, sobre o contexto atual em que se insere a regra da audiência prévia, de modo a se verificar os objetivos que levaram a sua implementação. O segundo capítulo revive a discussão doutrinária acerca da constitucionalidade e legalidade dessa regra que impõe o comparecimento obrigatório a uma audiência de conciliação ou mediação. O terceiro capítulo volta-se para os aspectos práticos da implementação do novo procedimento e buscar identificar o impacto imediato do regramento no cotidiano forense e no processo em si, evidenciando os reflexos de sua aplicação na tutela jurisdicional e a forma como os aplicadores do Direito vêm percebendo e aplicando a nova norma.

A pesquisa parte de um olhar histórico, para a compreensão da realidade atual, e passa à observação da norma estudada à luz de princípios constitucionais e legais a ela pertinentes, amparando-se na bibliografia pertinente à temática. Após, busca-se observar julgados dentro do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que revelem a inserção da norma no cenário jurídico fluminense.

O pesquisador utilizará ainda o método hipotético-dedutivo, elegendo proposições hipotéticas a partir da verificação da realidade forense, as quais acredita serem adequadas às reflexões e à sustentação das respostas encontradas e tese defendida, sempre buscando comprová-las argumentativamente a partir da análise do objeto deste trabalho no contexto atual de acesso à justiça e de aumento da litigiosidade observados na sociedade contemporânea, considerando-se a estrutura do aparelhamento estatal em que a norma se vê implementada. Essa linha de pesquisa pretende investigar o quanto a norma afeta a duração dos processos, individualmente e globalmente considerados.

O olhar aos reflexos da aplicação da norma do art. 334, do CPC, na entrega jurisdicional, a verificação de seu impacto imediato no cotidiano forense, revela-se importante na medida em que se deve conduzir o ideário legislativo em harmonia com a realidade fática na qual se insere a norma, o que deve ser considerado não só pelo legislador como pelo intérprete no momento da aplicação da lei.

1. DAS RAZÕES E OBJETIVOS DO LEGISLADOR PARA A AUDIÊNCIA DO ART. 334, DO CPC¹

O art. 334 do CPC² impõe a designação de uma audiência de conciliação ou de mediação ao procedimento comum, a qual é anterior ao prazo de resposta do réu e apenas não será designada se ambas as partes manifestarem expressamente seu desinteresse ou se não admitir a causa autocomposição. Essa imposição de designação tem sido objeto de controvérsia doutrinária e jurisprudencial como se verá. No presente capítulo, vale investigar os motivos que levaram o legislador à implementação de tal procedimento.

A regra tem sua gênese no processo histórico que levou ao surgimento das formas alternativas de resolução de conflitos e a pesquisa volta-se nesse primeiro momento ao fenômeno da ampliação da judicialização de demandas, identificado como impulsionador da criação dessas técnicas alternativas ante a necessidade de desafogar um Judiciário abarrotado de processos. No que concerne às razões do legislador, impossível investigá-las de forma apartada da evolução histórica do acesso à justiça. E no que toca aos objetivos da norma, já à primeira vista, é clara a intenção de incentivar a solução consensual dos conflitos de interesses, como tentativa de proporcionar solução mais rápida e de reduzir o número de ações pendentes, opção que segundo alguns³ chega ao fanatismo quando impõe a audiência contra a vontade da parte.

No contexto atual, observa-se a finalidade quase que matemática da norma, na medida em que o aumento do acesso à justiça não consegue ser acompanhado em igual proporção pelo incremento do aparato estatal, o que leva o legislador a buscar constantemente caminhos alternativos à tradicional solução pelo Estado-juiz. Com efeito, a autocomposição ganha maior relevância ante o aumento da litigiosidade na sociedade contemporânea, mas se questiona a forma como a norma tenta incentivá-la, e se ela se conforma ao ordenamento jurídico como um todo.

Historicamente, o crescimento de lides muito se apresenta como consequência lógica

¹BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm#art1045>. Acesso em 23 out. 2017.

²Art. 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. § 4º. A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição.

³NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Jus Podium, 2016. p. 934.

da expansão das relações comerciais e do maior acesso a bens de consumo e serviços, o que por sua vez veio a reboque de uma evolução social que contempla, dentre tantos combustíveis ao aumento das relações jurídicas e, conseqüentemente, dos conflitos de interesses, duas grandes revoluções e duas guerras mundiais. Com a Revolução Francesa vê-se o rompimento das estruturas de poder da sociedade à época e se evidencia o homem como sujeito de direitos. A Revolução Industrial, por sua vez, possibilitou o aumento exponencial da oferta de produtos ao mercado consumidor mundial. E, ainda da amargura das duas Guerras Mundiais, restam inegáveis avanços científicos e industriais, além por óbvio do fortalecimento da crença de que o ser humano é senhor de direitos fundamentais, os quais, mais do que respeitados, devem ser garantidos pelo Estado, em face dos governantes e em face do concidadão.

Possível visualizar ainda, como impulsionador das disputas judicializadas, as citadas três ondas reformatórias por que passou o Direito Processual, iniciadas em 1965, e identificadas pela doutrina de Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁴: a primeira relacionada à assistência judiciária aos de baixa renda; a segunda, aos direitos difusos e coletivos lato sensu; e a terceira ligada ao enfoque do acesso à justiça. Trata-se de reformas legislativas que buscaram um processo que garantisse justiça efetiva ao maior número possível de pessoas, mas que ajudaram, por outro lado, a assoberbar o Judiciário.

Saliente-se que a própria filosofia do pensamento jurídico em sua evolução também explica o incremento das lides, na medida em que se passou às Teorias Concreta e Abstrata do Direito de Ação, passando-se a entender o direito de ação como diverso do direito material e permitindo se pleiteie em Juízo independentemente de se ter o direito material pretendido⁵.

Para se ter uma ideia do incremento da litigiosidade nos últimos anos, a consulta aos índices do relatório anual do Conselho Nacional de Justiça⁶, revela que o Poder Judiciário iniciou o ano de 2016 com quase 74 milhões de processos em tramitação e que o acervo nacional aumentou 1,9 milhão de processos (3%) em relação ao ano anterior. Os dados apontam ainda que o estoque de processos no Poder Judiciário segue aumentando desde 2009 e que o crescimento acumulado deste período foi de 19,4 %, o que significa 9,6 milhões de processos a mais em relação àquele ano.

Nessa esteira evolutiva, observa-se que o número exacerbado de demandas desafia

⁴CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

⁵CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 327-328.

⁶CNJ. *Justiça em números 2016*: Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2017.

estruturas e sistemas jurídicos constituídos e recebe o impulso do reconhecimento do direito de acesso à justiça, o que por sua vez reclama a disponibilização de assistência judiciária gratuita e o fortalecimento dos órgãos de representação de classes, na defesa desse direito.

A reboque desse reconhecimento, diversos outros fatores ainda podem ser identificados como mola propulsora da judicialização de conflitos, a exemplo da criação dos Juizados e das iniciativas de Justiça Itinerante, ou até mesmo o simples aumento do fluxo de informações, a divulgar direitos e sua forma de proteção.

A reunião de tantas conquistas cria enfim um cenário propício ao crescente déficit na prestação jurisdicional, de modo a tornar ponto central da processualística moderna a busca por resultados práticos que garantam o acesso à ordem justa, soluções que minimizem o efeito negativo de se garantir, de forma cada vez mais ampla, o acesso à justiça.

E é enfrentando essa problemática que o legislador já há muito busca eliminar o antagonismo clássico entre o processo judicial e os meios alternativos de solução de conflitos, como se vê desde a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do CNJ⁷, onde se afirma que o direito de acesso à Justiça exige soluções efetivas e uma política de incentivo aos mecanismos consensuais de solução de litígios. Nesse contexto o legislador encontra justificativa à norma aqui estudada, firme no argumento da necessidade de se aprimorar a qualidade da prestação jurisdicional. E é de se reconhecer que a exigida aceleração da solução do litígio por parte do julgador traz consigo ínsita a possibilidade de julgamentos equivocados ou precipitados.

Assim, não há como negar que é imprescindível o legislador busque aprimorar institutos, mas é preciso cuidar para que as medidas adotadas tenham aptidão para melhorar a prestação jurisdicional sem diminuir as garantias já conquistadas. Se, por um lado, tem-se um Estado Democrático de Direito que busca o convívio pacífico da sociedade, proporcionando maior proteção a direitos e à dignidade humana; por outro, a sociedade moderna depara-se com um Judiciário abarrotado de processos, litígios que levam muito mais tempo para serem resolvidos do que se pode considerar adequado em um ordenamento jurídico que preza pela razoável duração do processo, pela eficiência e pela celeridade.

Nessa conjuntura concluiu-se que a regra estudada representa resposta do legislador ao jurisdicionado, aos anseios de celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Resta saber se a promessa do novo Código de Processo Civil⁸ de solução multiportas e acesso a

⁷BRASIL. *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>. Acesso em: 23 out. 2017.

⁸BRASIL, op. cit., nota 2.

meios adequados de resolução de disputas encontra nessa norma veículo a sua efetividade, sempre considerando as finalidades do processo e seu escopo natural de materializar o direito, oferecendo justiça ao maior número de pessoas.

Identificada a razão de ser da norma, direciona-se a observação ao sistema processual trazido, a ver se ele cumpre seu papel sem descurar da proteção dos direitos conquistados, lembrando que o simples acesso à justiça não é suficiente à pacificação social.

2. A DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DE DESIGNAÇÃO DA AUDIÊNCIA DO ART. 334, DO CPC⁹

Na literatura processualista, o ponto de maior divergência sobre o dispositivo em tela é acerca da obrigatoriedade da designação da referida audiência. Se, por um lado, o texto legal parece optar claramente por sua designação como regra –parte quase que indissociável do procedimento comum–, por outro lado, a doutrina está longe de recepcionar tal leitura como a única possível, havendo quem entenda que a designação é obrigatória nos termos da lei¹⁰, e havendo quem defenda a norma não impõe a designação¹¹, não se podendo obrigar a parte que não quer solução consensual à participação do ato.

A divergência leva à discussão sobre a adequação da norma ao ordenamento jurídico em que se vê inserida, em especial em relação aos princípios constitucionais, valendo observar que a Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015¹² trata da autocomposição de conflitos e traz, como princípios orientadores da mediação, os princípios da autonomia da vontade e o da voluntariedade, segundo o qual ninguém será obrigado a procedimento de mediação.

Assim, é necessária a análise sistemática da norma e conformá-la aos direitos e garantias fundamentais, devendo ser salientado que o próprio Código de Processo Civil¹³ reproduz em seu corpo diversos princípios constitucionais em franca homenagem a um Processo Civil Constitucional. E é sob a ótica constitucional que a norma é vista em perspectivas contrapostas: de um lado se negando a obrigatoriedade da designação da

⁹BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁰NEVES, op. cit., p. 935; DIDIER JÚNIOR, Fredie; *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Jus Podium, 2015, p. 632.

¹¹CÂMARA, op. cit., p. 327-328; BUENO, Cássio Scarpinella; *Manual de Direito Processual Civil*, 3. ed. p. 325.

¹²BRASIL. *Lei nº 13.140*, de 26 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 23 out. 2017.

¹³BRASIL, op. cit., nota 1.

audiência por afrontar o princípio da razoável duração do processo, disposto no art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88¹⁴; de outro, se acreditando na mediação ou conciliação como a tábua de salvação de um Poder Judiciário de andar lento ante a montanha de processos que carrega, pelo que a obrigatoriedade da audiência estaria indo ao encontro das garantias processuais constitucionais e da inafastabilidade da tutela jurisdicional aposta no art. 5º, inciso XXXV, da CRFB¹⁵.

De fato, se tomada a literalidade do dispositivo, pode-se inferir que a designação da referida audiência será a regra e acabará sendo designada quase que automaticamente, considerando-se que é necessário o desinteresse expresso de ambas as partes para que não ocorra e que sua dispensa implica a antecipação do prazo de resposta do réu, dado concreto dificultador dessa manifestação pelo polo passivo.

Ademais, é fácil concluir que, ainda que o réu não pretenda solução consensual, sua manifestação de desinteresse, podendo ser apresentada até dez dias antes de uma audiência que deve ser marcada em um prazo mínimo de trinta dias, conforme art. 334, caput e § 5º, do CPC¹⁶, a regra pode representar claro alongamento do curso processual mesmo nos casos de duplo desinteresse. Sem falar que a possível ausência de pauta para audiência e demais entraves burocráticos podem estender esse prazo por meses. A norma, sob essa ótica, estaria a afrontar princípios caros ao processo que se pretende constitucional.

Pode-se citar entre os nomes que encampam a corrente doutrinária que nega a obrigatoriedade de designação dessa audiência, ao menos na forma como literalmente disposta na lei, os professores Alexandre Freitas Câmara¹⁷ e Cássio Scarpinella Bueno¹⁸. O primeiro afirma peremptoriamente que a audiência não será designada se uma das partes expressamente manifestar desinteresse, propondo interpretação não literal ao § 4º, I, do referido artigo¹⁹, que, mesmo usando a palavra ambas, deve ser interpretado no sentido de que a sessão não se realizará se qualquer das partes manifestar expressamente desinteresse na solução consensual, o que ele afirma mais consentâneo com o princípio da voluntariedade acima referido.

A doutrina de Daniel Amorim Neves²⁰ evidencia ponto negativo da possível piora na

¹⁴BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 29 nov. 2017

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶Art. 334. § 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.

¹⁷ CÂMARA, op. cit., p. 327-328.

¹⁸ BUENO, op. Cit., p. 325.

¹⁹CÂMARA, op. cit., p. 327-328.

²⁰NEVES, op. cit., p. 570.

demora da marcha processual já tão lenta, observando que a nova lei impõe prazo mínimo para a realização da audiência, mas não impõe prazo máximo, o que possibilita que a própria estrutura do Judiciário imponha atraso de meses apenas para a manifestação do réu de desinteresse, sendo que há real possibilidade de designação de audiência para data longínqua, por ausência de pauta, e lembrando-se que a contagem desses prazos é agora em dias úteis.

A se verificar essa triste realidade, não há como deixar de pensar na ausência de isonomia entre os jurisdicionados e no empecilho ainda maior à razoável duração do processo. Diante de tantos possíveis entraves burocráticos, como a corriqueira demora na juntada de petições e certificações cartorárias, nas remessas de autos e nas filas para abertura de conclusões ao juiz; considerando-se toda a movimentação necessária à implementação das serventias judiciais, que ficarão responsáveis pela realização das audiências impostas pela norma; não seria isonômico e justo com a parte autora fazer com que ela aguarde por meses indefinidos a continuidade do processo, quando não tem a menor pretensão de conciliar, e deixar que o réu venha aos autos apenas com dez dias de antecedência, para dizer que não pretende conciliar, como dispõe o art. 334, § 5º, do CPC²¹.

Tal imposição é inclusive contrária à salutar ideia de legar o ônus do tempo do processo à parte que tem o direito menos provável. Pode parecer exagero dizer que a norma macula a liberdade de ir e vir com a obrigatoriedade de comparecer sob pena de multa, previsão do § 8º do art. 334²², porque a própria lei, no § 10º, do mesmo artigo²³, permite a constituição de representante legal para o ato; mas é inegável a imposição de ônus maior ao autor que não pretende abrir mão de parcela do direito seu que entende violado.

E se não querer conciliar é direito, impor ônus processual maior a quem não aceita solução consensual é implícita sutil imposição de conciliar que afronta tal direito, ainda que não se possa dizer que a norma viola o princípio da voluntariedade porque obriga ao comparecimento, mas não obriga a conciliar.

E há ainda o fato de que a nova lei permite designação de mais de uma audiência de conciliação²⁴, o que, somado ao entrave inerente ao processamento e demora que se vê na prática do dia a dia forense, pode levar a aumento considerável na demora do andamento

²¹Art. 334. § 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.

²²Art. 334. § 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.

²³Art. 334. § 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

²⁴Art. 334. § 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.

processual, dando inclusive margem a estratégias defensivas de alongar deliberadamente o tempo do processo, uma vez que não há norma a impor a solução consensual e não se pode aplicar, em interpretação extensiva prejudicial, a multa por ato atentatório à dignidade da Justiça, até porque de difícil comprovação a má-fé processual, pois admissível que após duas tentativas de acordar o réu desista de firmar solução consensual.

No lado diametralmente oposto, há doutrina, por todos o professor Fredie Didier Jr²⁵, que acredita no poder de persuasão dos mediadores e conciliadores e no impacto positivo da norma que, inegavelmente, é incentivo do legislador à solução dos conflitos de forma consensual. Para ele, a audiência, como manda literalmente o dispositivo, apenas não será designada se ambas as manifestarem expressamente desinteresse, ainda que por convenção processual. Ele sustenta que a solução trazida é boa, porque respeita vontade das partes de não querer a autocomposição, em homenagem ao princípio do respeito ao autorregramento da vontade, mas sem abrir mão da tentativa de incentivar a composição quando há a possibilidade, ainda que remota, de ela ocorrer, como nos casos em que uma das partes silencia ante a manifestação expressa de desinteresse da outra. Para esse autor, comparecer à audiência é dever processual das partes, pois, embora não haja dever de acordar, há o dever de atender ao chamado do Judiciário e, sendo prioritária a autocomposição pela norma do art. 3º, § 2º, do CPC²⁶, o dever de comparecimento é também corolário do princípio da cooperação, que está disposto no art. 6º, do CPC²⁷.

De fato, o inevitável atraso na marcha processual é um preço pequeno a se pagar ante a possibilidade de se chegar ao fim do conflito de interesses já no nascedouro do processo judicial, de modo a desafogar o Judiciário e deixá-lo em melhores condições de resolver conflitos de interesses para os quais for de maneira mais forte e indispensável sua intervenção. Nessa perspectiva, a norma é muito mais uma garantia de efetividade da prestação jurisdicional do que um atraso processual. E aqui vale ainda destacar a interessante observação de Zulmar Duarte²⁸, que aponta o prazo anterior à realização da audiência designada, não como algo negativo, mas como um tempo necessário à reflexão das partes sobre as conveniências de se chegar a uma solução consensual.

²⁵DIDIER JÚNIOR, op. cit., p.632-633.

²⁶Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 3º-A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

²⁷Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

²⁸DUARTE, Zulmar. *Audiência de Conciliação e Mediação no Novo CPC: interstício reflexivo*. 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/01/18/audiencia-de-conciliacao-e-mediacao-no-novo-cpc-intersticio-reflexivo/>>. Acesso em: 23 out. 2017.

Por fim, não há como deixar de citar aqui a posição doutrinária²⁹ no sentido de que, embora se possa classificar de infeliz a opção do CPC de determinar a designação da audiência mesmo frente ao manifesto desinteresse de uma das partes, sendo essa a opção do legislador, só cabe ao magistrado acatá-la, não se podendo aceitar corrente *contra legem* que entende não obrigatória a audiência de conciliação ou mediação.

3. A DIVERGÊNCIA, NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DA AUDIÊNCIA DO ART. 334, DO CPC³⁰

Acompanhando a discussão da doutrina processualista acima abordada, já se vê a polêmica posta também no âmbito jurisprudencial. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro-TJRJ não firmou ainda posicionamento sobre a obrigatoriedade de designação da audiência do art.334, do CPC³¹ e há decisões divergentes sobre a questão.

Antes de mais nada, há de se reconhecer a importância dos posicionamentos diversos para o debate científico. Afinal, as normas são também fruto da interpretação, sendo inegável à hermenêutica moderna que não há aplicação da norma sem sua interpretação pelo aplicador do Direito, de quem não se pode esperar seja apenas um reproduzidor do texto literal da lei. Ademais, insurgências contra disposição legal que se entende inconstitucional são parte indispensável da própria evolução do Direito e do sistema de freios e contrapesos, evitam o engessamento do ordenamento jurídico, que não pode permanecer estanque ante uma sociedade que muda a todo o tempo, e permitem o controle da atividade legislativa e a manutenção de um Estado Constitucional.

Na concretização da lei, na sua aplicação ao caso concreto pelos magistrados, o estudo revela que a maior divergência se dá nos casos em que uma das partes não quer a solução consensual, embora se possa defender a não designação da audiência mesmo quando há a manifestação favorável de uma das partes, ao argumento de que o art. 139, do CPC³², dá ao magistrado a incumbência de assegurar isonomia entre as partes e velar pela duração razoável do processo, e permite-lhe a designação de audiência a qualquer tempo, pelo que necessária a

²⁹NEVES, op. cit., p. 934.

³⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

³¹Ibid.

³²Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela duração razoável do processo; (...) V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.

verificação de sua conveniência caso a caso.

No sentido da obrigatoriedade da designação, há decisões do TJRJ até afirmando que, por se tratar de norma procedimental de caráter impositivo, sua inobservância imporia a nulidade do processo³³. Mesmo havendo julgadores que afirmem não há nulidade sem prejuízo, e que ele deve ser demonstrado no caso concreto³⁴, o entendimento de que dispensar a audiência fora das exceções legais configuraria *error in procedendo* por parte do juízo de piso, a ensejar nulidade, parece ser nesse primeiro momento majoritário na Corte, o que se explica até pela clareza literal do texto normativo em comento.

Seja como for, essa inclinação jurisprudencial que defende a forma como a nova legislação investe na solução consensual, dando-lhe maior protagonismo, em importante papel de fomentar a cultura de redução de litigiosidade³⁵, não é posição definitiva, uma vez que não há ainda precedente vinculante a respeito e se encontra decisões nas próprias Câmaras Cíveis do TJRJ que vão no sentido oposto das acima referidas, entendendo que, se há manifestação de desinteresse de uma das partes, não se justifica a audiência ante a ausência de perspectiva de solução via conciliação ou mediação³⁶. Estes aplicadores acatam a manifestação de desinteresse de apenas uma das partes como suficiente a obstar a designação da sessão³⁷. Nessa linha de entendimento, há julgados negando interpretação literal ao dispositivo e deixando de designar a audiência fora das exceções legais; mas o fazem, dentre outras razões, por entender a norma inconstitucional, posição jurisprudencial que encontra respaldo em importantes vozes da doutrina processualista contemporânea como se viu no capítulo dois do presente estudo.

Dentre os magistrados que entendem a norma não conforme ao ordenamento, por inconstitucionalidade material ou por visualizarem a impossibilidade de sua aplicação imediata sem mácula à Constituição ante a falta de estrutura, há ainda os que, também na contramão da disposição literal da lei, chegam a defender sua utilização apenas quando

³³BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0015228-30.2016.8.19.0202*. Relator Desembargador José Carlos Paes. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.0.3.50>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

³⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0006316-34.2017.8.19.0000*. Relator Desembargador Antônio Iloízio Barros Bastos. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.0.3.50>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

³⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0023374-50.2017.8.19.0000*. Relator Desembargador Luiz Roberto Ayoub. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0>>. Acesso em: 24 set. 2017.

³⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0059949-91.2016.8.19.0000*. Relator Desembargador Ricardo Couto de Castro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0>>. Acesso em: 24 set. 2017.

³⁷ Nesse sentido, também o Desembargador Celso Silva Filho do TJRJ, no *Agravo de Instrumento nº 0031307-74.2017.8.19.0000*. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0>>. Acesso em: 24 set. 2017.

convencidos da efetiva possibilidade de acordo entre as partes, o que se daria, por exemplo, nos casos de duplo interesse manifestado nos autos. Para esses, a manifestação favorável de apenas um dos contendores, por si só, não teria o condão de determinar a designação da audiência mesmo frente ao silêncio da parte adversa. Vale dizer que um reforço a esse posicionamento é o fato de que, a qualquer momento no curso do processo, podem as partes buscar a designação de audiência especialmente para esse fim, ou até mesmo chegar a um acordo nos próprios autos, bastando simples petição para isso, motivo pelo qual não haveria qualquer prejuízo na dispensa inicial da audiência de conciliação ou de mediação.

As posições contrárias à obrigatoriedade, não obstante a aparente intenção do legislador, são entendidas como consentâneas ao princípio da voluntariedade, disposto no art. 2º, § 2º, da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015³⁸, que trata da mediação, e encontram justificativa também, como visto, na falta de aparelhamento estatal para a aplicação imediata da norma, além de segurarem-se em princípios constitucionais como o da razoável duração do processo, da liberdade de ir e vir, e da isonomia. Há respaldo legal e constitucional.

A discussão de ordem prática merece o mesmo o olhar à ausência, no momento de implementação da norma em estudo, de centros de solução consensual de conflitos em número suficiente ao atendimento da demanda que se impõe com a nova regra, centros esses os quais, pelo art. 165, do CPC³⁹, devem ser criados pelos tribunais para a realização das audiências de conciliação e de mediação idealizadas pelo dispositivo aqui abordado.

Quanto ao ponto, é patente que nem todos os tribunais do país estão aparelhados para atender à enorme quantidade de audiências que diariamente devem ser designadas se implementada a norma como determina a lei. E já era esperado, mesmo antes da vigência da nova lei, que essa deficiência estatal impusesse prazo muito superior ao prazo mínimo de 30 dias para a realização da audiência. Nem mesmo o TJRJ possuía, no momento de implementação da regra, aparelhamento bastante para sua adequada consecução, e a prova disso é que se segue criando, mais de um ano depois do início de vigência da lei, novos postos, como recentemente se viu com a criação de mais nove Centros, para atender às populações de Armação de Búzios e Saquarema, na Região dos Lagos; Barra Mansa e Valença, no Sul do Estado; Ilha do Governador, na Capital; Itaipava e Cordeiro/Macuco, na Região Serrana; Niterói, na Região Oceânica; e Macaé, no Norte Fluminense, chegando só

³⁸Art. 2º. A mediação será orientada pelos seguintes princípios: (...) § 2º. Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

³⁹Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

agora, no final do ano 2017, ao total de 32 unidades⁴⁰. E não há como desconsiderar a dificuldade de ordem econômica que é o custo de implementação desses Centros, que deverão ser aparelhados em estrutura e material humano na proporção da crescente demanda.

Outro fator que pode gerar a demora na marcha processual com a aplicação da norma é o fato de que o juiz não controla a pauta de audiência dos mediadores e conciliadores, apenas tem acesso a ela, e, ao se enviar o processo à mediação ou conciliação, deixa-se a data da audiência por conta daquelas unidades, retirando-se o processo das mãos do magistrado por um lapso de tempo que dependerá da capacidade de cada Tribunal em atender a respectiva demanda. Assim, possível mesmo que a ausência de Centros Judiciários de Solução de Conflitos ou sua escassez em algumas localidades acabe por tornar regra a exceção de realizar as audiências nos próprios juízos dos processos, o que inevitavelmente retardará a marcha de todos os feitos que lá tramitam.

Por fim, apartados de toda essa discussão acerca da possibilidade de efetivação da norma e de sua adequação ao ordenamento jurídico, não há como deixar de dizer que há magistrados que, mesmo discordando da opção legislativa, passaram a seguir o regramento em sua literalidade, ou seja, apenas deixando de marcar a audiência quando ambas as partes expressamente afirmam seu desinteresse. Tais posicionamentos não encontrarão referência específica nesta pesquisa porque na maioria das vezes não são externados, mas não se mostram menos importantes para a discussão que se apresenta, uma vez que necessários à colocação em prática da engrenagem trazida pelo legislador, o que por sua vez possibilitará a análise concreta dos reflexos da norma no ordenamento e dos resultados práticos de sua vigência.

CONCLUSÃO

Um problema estrutural leva à morosidade na solução das lides, pois a excessiva quantidade de conflitos judicializados não encontra aparato estatal capaz de acompanhar seu ritmo de crescimento. Essa morosidade sistêmica muitas vezes retira a efetividade da resposta

⁴⁰Notícia encontrada no sítio eletrônico do TJRJ, publicada pela Assessoria de Imprensa em outubro de 2017. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/50721?p_p_state=maximized>. Acesso em: 01 dez. 2017.

estatal e a corrida das estatísticas compromete a qualidade das decisões. Nesse cenário, diminuir o número de ações em trâmite parece ser o maior objetivo do legislador, uma vez que aumentar o já custoso aparato estatal na proporção do aumento de litígios não se mostra a solução econômica ou juridicamente mais interessante, porque o aumento de verbas destinadas a esse serviço público reflete no bolso dos contribuintes e, em última análise, na própria garantia de acesso à justiça: quanto mais caro o serviço jurisdicional, menos jurisdicionados terão condições de arcar com ele. Isso onera o Estado, que passa a ter que disponibilizar mais verbas à garantia da assistência jurídica gratuita, e onera os que não gozam do benefício, financiadores do serviço. Uma espiral ascendente de gastos.

Do estudo, resta a defesa de que a norma disposta no artigo 334, § 4º, I, do CPC, é inconstitucional se tomada literalmente.

Se se quer melhoria da prestação jurisdicional dissociada do aumento das estruturas e gastos estatais, é paradoxal o art. 334, do CPC, porque exige a criação, a cargo dos Tribunais respectivos, de centros de conciliação e implica aumento no tempo de cada processo. Tempo que só encontrará redenção nos processos que findarem consensualmente. É dar ao problema da falta de estrutura que enseja morosidade solução que aumenta estruturas e o tempo dos processos. Em visão macro, a redenção só será alcançada se o número de soluções consensuais compensar tempo e dinheiro exigidos para implementação da regra, ou seja, caso a redução das ações em seu nascedouro diminua acervos a ponto de permitir a tramitação mais rápida dos processos e a melhora na qualidade da prestação jurisdicional.

A solução é contraditória ainda porque, na visão do legislador, a melhora da prestação jurisdicional depende justamente da retirada de processos das mãos do julgador.

Ademais a regra acaba por afirmar implicitamente a incapacidade dos juízes para promover o consenso. E dizer que há demandas em curso que não tramitariam se nelas tivesse atuado um conciliador ou mediador, não encontra amparo fático, pois eram já esses quem na prática atuavam quase que exclusivamente nas antigas audiências conciliatórias.

O artigo estudado, mais do que investir em mediadores e conciliadores, quer atribuir dever de tentar conciliar às partes e silenciosamente retira do magistrado o ônus de buscar o consenso entre as partes, passa-o aos mediadores/conciliadores e às próprias partes e seus advogados. Talvez sirva mesmo para que o Estado possa lavar as mãos na frase não dita: "se optar por não transigir e abarrotar o Judiciário, não queira exigir a rápida solução do caso".

Seja como for, o ponto que merece maior crítica é a imposição de comparecimento à audiência quando não se quer solução consensual, ainda mais quando isso onera significativamente a parte, aumentando seu tempo de espera, forçando-a a deslocar-se e ao

abalo emocional de ter que ter com a parte oposta, ou onerando-a à constituição de representante para o ato. Visualiza-se assim um retrocesso no acesso à justiça e na liberdade de conciliar, pois há imposição camuflada desse dever. Fere a isonomia, a liberdade, o acesso à justiça e a razoável duração do processo.

Embora louvável a busca por meios alternativos de solução de conflitos, ela deve se dar com respeito aos direitos historicamente conquistados e, se implementada em seu detrimento, diga-se, com a imposição de audiências que retardam a marcha processual e restringem a liberdade da parte, cabe sim ao Judiciário, em sua função de extrair do texto legal a norma que melhor atenda aos interesses do jurisdicionado, interpretar conforme a Constituição e afastar a audiência quando visualizar prejuízo à parte. É na aplicação da lei ao caso concreto, de acordo com as estruturas de cada Tribunal, que se deve verificar a constitucionalidade da norma estudada, pelo que perfeitamente admissíveis as diferentes posições dos doutrinadores e julgadores aqui verificadas.

A longo prazo, a solução parece mesmo ser a mudança da cultura litigiosa em si, dos diversos componentes sociais, a começar pelo maior respeito ao direito do outro. Necessário, por exemplo, que as grandes empresas prestadoras de serviços parem de contabilizar violações a direitos no cálculo de seu capital de giro; necessária a mudança da mentalidade dos oportunistas de plantão, partes e advogados mal-intencionados que se utilizam do Judiciário apenas com o objetivo de conseguir dinheiro fácil, estes incentivando demandas fadadas ao insucesso por honorários, aqueles aproveitando-se de qualquer oportunidade mesquinha de tentar reparação moral, na conhecida indústria do dano moral, onde a busca por dinheiro é tantas vezes o ponto mais relevante da mácula ao direito.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueiredo Alves; FILHO, Misael Montenegro. *Manual das Audiências Cíveis*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ALVIM, Angélica Arruda et al. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 23 set. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 mar. 2017.

_____. *Lei nº 13.140*, de 26 jun. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 25 set. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento nº 0015228-30.2016.8.19.0202* Relator Desembargador José Carlos Paes. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=1&Version=1.0.3.50>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

_____. *Agravo de Instrumento nº 0006316-34.2017.8.19.0000*. Relator Desembargador Antônio Iloízio Barros Bastos. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.0.3.50>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

_____. *Agravo de Instrumento nº 0023374-50.2017.8.19.0000*. Relator Desembargador Luiz Roberto Ayoub. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0>>. Acesso em: 24 set. 2017.

_____. *Agravo de Instrumento nº 0059949-91.2016.8.19.0000*. Relator Desembargador Ricardo Couto de Castro. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0>>. Acesso em: 24 set. 2017.

_____. *Agravo de Instrumento nº 0031307-74.2017.8.19.0000*. Relator Desembargador Celso Silva Filho. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0>>. Acesso em: 24 set. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processual Civil Brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 19. ed. V.1. São Paulo: Jus Podium, 2017.

DUARTE, Zulmar. *Audiência de Conciliação e Mediação no Novo CPC: interstício reflexivo*. 2017. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/01/18/audiencia-de-conciliacao-e-mediacao-no-novo-cpc-intersticio-reflexivo/>>. Acesso em: 23 out. 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Jus Podium, 2016.