



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A OBRIGATORIEDADE DA AUDIÊNCIA DO ARTIGO 334 CPC E
EVENTUAL CONFRONTO AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DE
VONTADES.

Caroline Vera Trajano da Silva

Rio de Janeiro

2017

CAROLINE VERA TRAJANO DA SILVA

A OBRIGATORIEDADE DA AUDIÊNCIA DO ARTIGO 334 CPC E
EVENTUAL CONFRONTO AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DE
VONTADES.

Artigo apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do estado do Rio de Janeiro. Professor Orientador: Ubirajara da Fonseca Neto.

Rio de Janeiro
2017

A OBRIGATORIEDADE DA AUDIÊNCIA DO ARTIGO 334 CPC E EVENTUAL CONFRONTO AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DE VONTADES

Caroline Vera Trajano da Silva

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.
Advogada. Pós-graduanda *Lato Sensu* em
Direito Processual Civil pela Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo - as relações entre as partes ativa e passiva de um processo judicial sempre se apresentaram de forma muito aguerrida, cada parte com o único objetivo de sair vencedor de qualquer forma tornando o processo não só litigioso, mas, também sem qualquer tipo de cooperação para a resolução do conflito. Com a vigência do Código de Processo Civil de 2015 observa-se através da norma a busca de mudança da sociedade para alcançar uma forma de resolução de conflitos, mais célere e cooperativa, fazendo com que as partes, autor e réu, se encontrem e dialoguem seus conflitos para que alcancem a melhor resolução não só para o processo, mas principalmente para as partes que utilizaram os meios alternativos como a mediação e a conciliação. No entanto, tornar obrigatório o comparecimento a audiência normatizada no art.33 fere, eventualmente, o princípio da autonomia de vontades.

Palavras-chave - Direito Processual Civil. Conciliação e Mediação. Obrigatoriedade da audiência do artigo 334 CPC. Princípio da autonomia de vontades.

Sumário - Introdução. 1.Audiência de conciliação e mediação: Inovações do código de processo civil ou evolução. 2. O protagonismo das partes na audiência de conciliação e mediação retira ou não o protagonismo do juiz. 3. Consequências da manifestação unilateral da parte quanto ao interesse na audiência de conciliação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Trata o presente artigo da obrigatoriedade da audiência de conciliação ou de mediação prevista no artigo 334 do Código de Processo Civil e eventual confronto ou violação ao princípio de autonomia de vontades.

Faz-se relevante à coletividade, pois, as relações entre as partes em um processo judicial sempre se apresentaram de forma aguerrida, sem cooperação, por isso litigiosa ao longo dos tempos. A judicialização teve um crescimento nos últimos anos, pois, o acesso a justiça tem sido não a ultima ratio, mas, em muitos casos do cotidiano a primeira via em busca de uma solução de conflitos.

Dessa forma o sistema torna-se inchado, com questões que poderiam ser resolvidas em outras esferas, tornando a prestação jurisdicional morosa e lenta. Analisando esses fatos sociais, o Código de Processo Civil de 2015 traz em seu bojo outros mecanismos de soluções

consensuais de conflitos como a mediação e a conciliação, além da arbitragem que já possuía previsão no código anterior.

No entanto, a forma de abordagem em buscar a solução consensual de conflitos com a obrigatoriedade em participar de uma audiência demonstra uma contradição, por eventual ofensa ao princípio da autonomia de vontades. Diante desse caráter de imposição da regra da realização da audiência de mediação e conciliação, destacar o prejuízo ao princípio da cooperação.

A solução consensual de conflitos através de outros meios, além da judicialização, atuam de forma a favorecer a sociedade, pois, a autocomposição tende a proporcionar uma solução mais próxima do ideal, já que as partes negociam o que pode ser concedido e o que não é possível transacionar de acordo com as suas especificidades. Porém, tornar esses métodos de soluções obrigatórios podem caracterizar uma deformação de princípios.

Com a inserção do procedimento de conciliação e mediação através do artigo 334 torna-se necessário avaliar se os meios adotados para a busca alternativa na solução de conflitos seria eficaz, se trata o Código de Processo Civil de 2015 de uma inovação ou evolução.

No segundo capítulo aborda-se aspectos referentes ao protagonismo das partes com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, apresentando um modelo que se traz a relação de igualdade entre as partes, uma forma horizontal, onde cada parte possui seu grau de importância no processo, e todas auxiliam através da cooperação com a finalidade de alcançar a solução de forma mais rápida, a garantir o princípio da duração razoável do processo.

Em seu terceiro capítulo tem-se a questão nodal que diz respeito a obrigatoriedade da participação da audiência de conciliação e mediação, que traria uma solução do conflito através desses mecanismos, quando a parte já manifestou ausência de interesse. Assim, meios que pressupõem a forma consensual, através dessa normatização em participar da audiência de conciliação e mediação, perderia essa função conciliadora para a resolução do conflito, violando a autonomia de vontade das partes.

O que se busca investigar é eventual confrontos aos princípios, que recebem em âmbito mundial, o reconhecimento de sua importância com fonte do Direito e o Código de Processo Civil de 2015 seguiu os mesmos caminhos prestigiando através da normatização.

A pesquisa é desenvolvida com base em estudos bibliográficos, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de interpretações doutrinárias, as quais acredita serem adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com a finalidade de comprová-las ou ignorá-las.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa se valendo o pesquisador das bibliografias referente ao tema acima proposto, analisada na fase exploratória da pesquisa, para amparar a tese.

1. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO: INOVAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL OU EVOLUÇÃO

No Brasil a conciliação já era vista na época imperial, nos século XVI e XVII, exatamente nas Ordenações Manuelinas 1514 e Filipinas 1603 que trazia em seu livro III, título XX, § 1º, o seguinte regulamento: “e no começo da demanda dirá o Juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e sigam entre eles os ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre é duvidoso[...]”¹

No entanto, no século XIX, com a primeira Constituição Imperial Brasileira de 1824, que a conciliação fez-se presente na constituição, trazendo em seu art. 161², o seguinte texto: “Sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação não se começara processo algum”. Demonstração que a sociedade valorizava o diálogo entre as partes.

Com o Código de Processo Civil de 1939, a conciliação não foi mencionada, nem prevista, houve uma regulação apenas de como seria realizado a transação em juízo, sendo necessário poderes especiais aos procuradores judiciais conforme art. 108³ assim como a necessidade de homologação pelo juiz de acordo com o art. 206⁴.

No entanto, em 1973 o instituto da conciliação é trazida novamente pelo Código de Processo Civil, no seu art. 331⁵, nos processos sob o rito ordinário, previsão da audiência preliminar, realizada ao fim da fase postulatória, que era designada pelo juiz, e visava a tentativa de conciliação entre as partes. No entanto, o réu já teria ofertado a sua contestação,

¹ALVES, Rafael Oliveira Carvalho. *Conciliação e Acesso à Justiça*. 2008. 6 f. webartigo. Curso de Direito – Universidade Estadual de Feira de Santana – UEFS, Feira de Santana – BA, 20 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/conciliacao-e-acesso-a-justica/11585/>>. Acesso em: 11 jun.2017.

²BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 13 mai. 2017.

³BRASIL. Código de Processo Civil 1939. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 19 jun. 2017.

⁴“vide nota 3”.

⁵BRASIL. Código de Processo Civil 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 11 jun. 2017.

pois, seu prazo era de 15 dias contados da citação, sob pena de revelia. Não obtida a conciliação, a audiência possuía diversas finalidades na qual o juiz fixava os pontos controvertidos, decidia as questões processuais pendentes, determinava as provas a serem produzidas e designava audiência de instrução e julgamento, se necessário, conforme previsão do art. 331 §2º⁶.

A criação dos juizados especiais cíveis através da Lei n. 9099/95⁷, traz também a competência para meios alternativos de solução de conflitos como a conciliação, nas causas cíveis de menor complexidade conforme previsão em seu art. 3º⁸. Importante destacar que os processos em trâmite nos juizados especiais cíveis são orientados pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. E, a sessão de conciliação conduzida pelo juiz togado, juiz leigo ou conciliador sob sua orientação conforme dispõe o art.22⁹ da Lei n. 9.099/95.

Diferentemente das audiências do rito ordinário, audiências preliminares, previstas no art. 331¹⁰ do Código de Processo Civil de 1973 nas ações em trâmite nos juizados especiais cíveis o réu não apresenta antes da audiência de conciliação sua contestação. Pois, a resposta do réu oral ou escrita ocorre na fase de instrução e julgamento mais precisamente na audiência de mesmo nome, conforme previsão do art. 30¹¹ da Lei n. 9099/95.

Outro meio alternativo de tentativa de solução de conflitos é a arbitragem, regulamentada na Lei n. 9.307/96¹², no qual um terceiro eleito de comum acordo pelas partes, atua para solucionar o conflito sem a intervenção do poder judiciário.

Em 2010, através da resolução 125¹³ do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que trata de política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, houve a determinação para que fossem ofertados mecanismos de soluções de controvérsias prestigiando os meios consensuais como a mediação e a conciliação. Tendo em vista que, as contendas multiplicaram-se exponencialmente impossibilitando que o poder judiciário consiga resolver em período razoável os conflitos que são jurisdicionalizados, surgem os meios alternativos de

⁶BRASIL. Código de Processo Civil 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 11 jun. 2017.

⁷BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 13 mai. 2017.

⁸ “vide nota 7”.

⁹ “vide nota 7”.

¹⁰ “vide nota 5”.

¹¹ “vide nota 7”.

¹² BRASIL. Lei 9.3017, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1346.htm>. Acesso em: 13 mai. 2017.

¹³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. *Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

resolução, chamados de equivalentes jurisdicionais, que buscam evitar que um conflito se torne jurisdicionalizado, no entanto, esses meios são pouco utilizados. Nesse sentido Alexandre Flexa¹⁴ é categórico ao afirmar:

na seara dos equivalentes jurisdicionais, estão a conciliação, a mediação e a arbitragem que, lamentavelmente, não são utilizados em larga escala. Visando promover as formas alternativas de solução dos conflitos, o CPC/2015 alterou o procedimento comum para incluir a audiência de conciliação ou de mediação nas comarcas em que houver mediadores [...].

Ter em vista promover meios alternativos para resolução de conflito e indo de encontro as determinações da resolução 125¹⁵ do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) o Código de Processo Civil de 2015 alterou o procedimento comum do Código de Processo Civil de 1973, no qual, após a realização da citação válida o réu deveria apresentar contestação, exceção, reconvenção, impugnação à gratuidade de justiça ou impugnação ao valor da causa. E, somente após a resposta do réu, que seria realizada as providências preliminares como a realização da audiência preliminar.

O Código de Processo Civil de 2015, regulamentado pela Lei n. 13.105/2015¹⁶, ao contrário, do código anterior, visa no primeiro ato utilizar meio alternativo de solução de conflito e dispõe a audiência de conciliação ou mediação nas comarcas em que houver mediadores. A audiência deve ser conduzida por conciliador ou mediador, se não houver conciliador ou mediador, em caráter excepcional poderá ser conduzida pelo juiz, conforme art. 334¹⁷, § 1º da mesma lei.

Sendo assim, como se pode observar ao longo dos tempos, os meios alternativos de soluções de conflitos já eram utilizados pela sociedade adequando-se ao objetivo perseguido por cada uma sociedade. E, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, regulamenta-se práticas já vivenciadas. Fredie Didier¹⁸ realizou a seguinte afirmação “é, realmente, a audiência preliminar – o código de processo civil generalizou, neste ponto, a regra o modelo já existente há muitos anos no âmbito dos juizados especiais [...]”.

¹⁴ FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel e BASTOS, Fabrício. *Novo código de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 282.

¹⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. *Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário*, Brasília, DF. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

¹⁶ BRASIL. Código de Processo Civil 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

¹⁷ “vide nota 16”.

¹⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Introdução ao Direito Processual Civil: Parte geral e processo de conhecimento*. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm, 2015, p.623.

Logo, as partes de um processo, seja autor ou réu, possuem um papel fundamental para que os meios consensuais utilizados no Brasil desde a época do império, em que visavam a pacificação do litígio, de forma mais harmoniosa e menos conflituosa. Ao longo dos tempos, ocorreram evoluções que buscam garantir os direitos na solução do conflito conforme sua essência e peculiaridades, sem deixar de analisar as questões principiológicas.

2. O PROTAGONISMO DAS PARTES NA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO RETIRA OU NÃO O PROTAGONISMO DO JUIZ

As partes são os sujeitos parciais do processo, os que participam em contraditório buscando o resultado do processo. São as partes que juntamente com o juiz, de forma em equilíbrio, dirigem o processo até a decisão constitucionalmente legítima, ou seja, prestigiando os princípios constitucionais. Conforme leciona o professor Alexandre de Freitas Câmara¹⁹:

as partes não devem ser vistas como sujeitos subordinados ao juiz, como se costuma pensar quando se adota a teoria da relação processual, aqui expressamente repudiada. Partes e juiz são, todos eles, atores igualmente importantes de um processo que tem vários centros de controle, (dai falar-se do processo moderno como um processo policêntrico) [...].

Necessário compreender que o Código de Processo Civil de 2015, traz em seu bojo normas fundamentais, especialmente nos artigos 1º a 12º²⁰, que atuam como premissas orientadoras para a interpretação dos artigos buscando a harmonia do sistema de direito processual infraconstitucional com as garantias processuais, direitos fundamentais e princípios previstos na CRFB/88.²¹

A essência do Código de Processo Civil de 2015 é a de um sistema processual onde todos devem participar, por isso a expressão processo participativo, todos participam do resultado do processo. De outra maneira pode-se dizer que deste código deixou de trazer somente o juiz, como era muito comum, a forma de protagonismo do juiz, e ao mesmo tempo, ele não tenta dar um passo para trás, advogando ou defendendo o protagonismo somente das parciais, ele defende o protagonismo de todos, é por isso um sistema policêntrico.

Vislumbra-se que o processo estruturado na perspectiva participativa, em que todos devem participar juntos, policêntrico, ancorado nos princípios processuais

¹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.61.

²⁰ “vide nota 16”.

²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 mai. 2017.

constitucionais impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo a responsabilidade de seu papel, atuem na formação de provimentos legítimos permitindo a classificação discursiva das questões fáticas e jurídicas através do diálogo.

Os sujeitos do processo, aqueles que participam, o juiz, que atua de forma imparcial, o demandante e o demandado, parciais, por isso chamados de partes, representados por seus procuradores, pois, o advogado é uma figura que não se pode dispensar conforme o art. 133²² da CRFB/88, pois, atuará no contraditório efetivo. Sendo assim a comparticipação e o policentrismo buscam o dimensionamento e o equilíbrio de concepções liberais e sociais em face as tons de aplicação da lei, de modo que a assunção de responsabilidade de todos os sujeitos processuais e a mudança de sua mentalidade no exercício das respectivas funções venham a conceber um verdadeiro horizonte para a perseguida democratização processual e pacificação social.

Nessa esteira, tanto na conciliação como na mediação se identifica a teoria do agir comunicativo (*Theorie des kommunikativen Handelns*), do renomado filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas²³, a partir da participação ativa das partes, da prevalência da diálogo, na perspectiva de se obter o consenso em relação às questões divergentes. A ação comunicativa como descreve o sociólogo:

modifica a relação entre os indivíduos, transformando o subjetivo em intersubjetivo, possibilitando maior compreensão do individual, e do coletivo e do bem estar social, permitindo a organização social, a elaboração e a validação de normas[...].

Por isso a importância de se conciliar as partes, se faz imprescindível que as partes compreendam a importância e disseminação da cultura do diálogo, forma mais rápida de se compor um acordo e por fim ao conflito, sem que uma se sobreponha diante da outra. O Juiz Federal Walter Nunes²⁴ entende que:

uma sociedade bem organizada tem várias oportunidades de solucionar suas questões. A conciliação, que começou a ser estimulada desde a criação dos Juizados Especiais, é o avanço natural das organizações de classe, e a Justiça mais

²² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 mai. 2017.

²³ BUSTAMENTE, Ana Paula, *A aplicação do agir comunicativo de Habermas na mediação comunitária: o diálogo como instrumento transformador*. 2013. Curso de Direito. Universidade Estácio de Sá. 2013 Curitiba. PR. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=514f94b7b871de0e>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

²⁴ CAVALCANTE, Nykson Mendes Lacerda. A conciliação como instrumento de pacificação social na resolução de conflitos. *Revista Justiça & Cidadania*. Disponível em <<http://www.editorajc.com.br/2013/08/a-conciliacao-como-instrumento-de-pacificacao-social-na-resolucao-de-conflitos/>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

aproximada do interesse das partes. O movimento vai não só sensibilizar os órgãos da Justiça sobre a importância disso, como também fazer os envolvidos se aprofundarem no desenvolvimento de técnicas de conciliação [...].

Nesse sentido, temos também a efetivação do princípio da celeridade, pois, havendo o diálogo entre as partes na audiência de conciliação e mediação, o acordo será reduzido a termo, e homologado por sentença, conforme dispõe o art. 334²⁵ §12 do Código de Processo Civil de 2015. Tendo em vista que será suprimido o prazo de contestação de 15 dias úteis após a realização da audiência de conciliação que não resultar em autocomposição, o que gera uma demora por aguardar o seguimento do processo.

Em outro viés, o protagonismo das partes de forma conscientizada, a valorizar a mediação e a conciliação aproxima ambos permitindo que os mesmos solucionem o conflito de forma mais rápida, simplificada e menos dispendiosa, prestigiando um dos seus papéis fundamentais que através do princípio da duração razoável do processo. Este é tocado quando ocorre o fim do litígio através do acordo entre as partes, evitando que o processo judicial se prolongue no tempo aguardando todas as instâncias que são oportunizadas.

Assim leciona o doutrinador Humberto Theodoro²⁶:

esse diálogo entre as partes e o juiz como reconhece a doutrina, apressa o encerramento da fase cognitiva com maior segurança, que resultará na entrega da tutela jurisdicional, mais eficaz e mais célere, sem deixar de respeitar os princípios basilares do contraditório e ampla defesa [...].

Nesse cenário não há que falar em protagonistas e antagonistas, e sim em participação de todos os sujeitos do processo através do diálogo atuando para o resultado mais efetivo e seguindo os princípios como o da ampla defesa e o contraditório através da presença dos advogados, procuradores e o princípio da duração razoável do processo, pois, através da conciliação evita-se a morosidade do andamento jurisdicional.

3. CONSEQUÊNCIAS DA MANIFESTAÇÃO UNILATERAL DA PARTE QUANTO AO INTERESSE NA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO

²⁵ “vide nota 16”.

²⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do direito processual civil. Processo de conhecimento. Procedimento Comum. São Paulo: Forense, 2016.p.797.

O princípio da autonomia da vontade, também chamado da autonomia privada ou da liberdade contratual possui previsão no art. 421²⁷ do Código Civil. O mencionado princípio preconiza a liberdade das partes em criar direitos e obrigações em razão e nos limites do contrato.

Assim para a professora Maria Helena Diniz²⁸:

o princípio da autonomia da vontade se funda na liberdade contratual dos contratantes, consistindo no poder de estipular livremente, como melhor convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica[...].

Sendo assim, o princípio da autonomia da vontade, mas que a liberdade de contratar ou não contratar apresenta a liberdade de optarem com quem desejam contratar, mais ainda, de escolherem as regras que vão compor esse contrato desde que sejam obedecidas as leis.

Para o doutrinador Silvio Rodrigues²⁹ o mesmo princípio possui relação com ato de criar as regras, de acordo com a afirmação:

o princípio da autonomia da vontade consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito, desde que se submetam as regras impostas pela lei e que seus fins coincidam como o interesse geral, ou não o contradigam[...].

Como mencionado nos capítulos anteriores o Código de Processo Civil de 2015 trouxe normatizado o modelo constitucional, expressão que marca a presença dos princípios constitucionais, no Brasil tendo sido aplicado como se constatar a positivação principiológica desde 2002, como aconteceu com o Código Civil.

O capítulo traz a inserção de um método de conciliação e mediação que visa a composição de acordos ou conciliações a partir da atuação das partes do processo, de forma participativa, conforme previsão no art. 334³⁰ do Código de Processo Civil de 2015. Porém, há uma desconformidade, tendo em vista que uma das premissas para se alcançar a conciliação é a voluntariedade, ou seja, a vontade das partes em compor soluções. E diante da normatização, essa autonomia de vontade restará prejudicada.

²⁷BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jun. 2017.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2008, p.23.

²⁹ RODRIGUES, Silvio. *Dos Contratos e das declarações unilaterais de vontade*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.15.

³⁰ “vide nota 16”.

Conforme leciona o professor Cassio Scarpinella³¹ “a regra é que a audiência de conciliação ou de mediação seja realizada como ato seguinte ao recebimento da inicial e a citação do réu”. Logo, a existe a previsão da audiência de conciliação obrigatória. É a regra.

No procedimento comum, o autor deve expressar se possui ou não interesse na audiência de conciliação já na sua inicial. O réu não é mais intimado para responder, mas, para comparecer a uma audiência de conciliação ou de mediação. A regra é que a audiência de conciliação e mediação ocorra, salvo as exceções descritas nos parágrafos seguintes do art. 334³²: a audiência pode não ser realizada quando, todas as partes envolvidas no processo (compreendendo os litisconsortes ativos e passivos) desponham desinteresse na composição consensual; ou quando o processo não admitir autocomposição nem mesmo em teoria.

De acordo com a interpretação literal do art. 334³³, I, parágrafo 4º, no qual o legislador utilizou a palavra ambas, lembrando que as partes devem indicar a falta de interesse na audiência de conciliação e mediação. Em outras palavras, somente após a manifestação de todos os interessados ou desinteressados poderia ser transformada a regra, e ocorrer a alteração com a não realização da audiência.

Não sendo suficiente apenas o desinteresse de uma das partes como ocorria no Código de Processo Civil de 1973, no código em vigor é preciso observar ao inciso descrito acima e considerar que só não se realizaria a referida audiência de conciliação ou mediação se nem o autor nem o réu quisessem participar de solução consensual, não sendo satisfatória somente uma parte, autora, indicar a falta de interesse ou a outra parte, réu, não se considerando a autonomia de vontades de uma das partes para que não ocorresse a audiência de conciliação. Vejamos como se posiciona os doutrinadores.

Segundo Câmara³⁴, o artigo pode ser interpretado:

apesar do emprego no texto legal do vocábulo “ambas” deve-se interpretar a lei no sentido de que a sessão de conciliação e mediação não se realizará se qualquer das partes manifestar expressamente, desinteresse na composição consensual. Basta que uma das partes manifeste sua intenção de não participar da audiência de conciliação ou mediação para que esta não possa ser realizada. É que um dos princípios reitores da mediação e da conciliação é o da voluntariedade, razão pela qual não se pode obrigar qualquer das partes a participar, contra sua vontade, do procedimento de mediação e conciliação [...].

³¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. Inteiramente Estruturado à luz do novo CPC. São Paulo : Saraiva , 2016.p.305.

³² “vide nota 16”.

³³ “vide nota 16”.

³⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 201

Sendo assim, o autor que não possuir interesse na audiência de conciliação ou mediação deve indicar logo em sua petição inicial. E, o réu que não possuir interesse na referida audiência, após a citação deverá indicar através de petição autônoma, desde que, com antecedência mínima de 10 dias da data da audiência.

Para o doutrinador Rinaldo Mouzalas³⁵ que analisando o art. 334³⁶ em seu paragrafo 4, considera que somente o seguinte comportamento, se ambas as partes expressamente demonstram o desinteresse na realização da audiência, impedirá a realização da audiência de mediação ou conciliação. Pois, em afirmação ao estímulo ao resolução de forma consensual de conflitos, as demais manifestações devem ser entendidas como manifestação de vontade de ao menos uma parte, o que já justificaria a realização da audiência. Logo, neste caso o doutrinador entendeu que levando em consideração o esforço que o legislador lançou na busca de alcançar a resolução consensual deve ser esgotada até a derradeira tentativa em atingir o diálogo e a resolução do conflito prestigiando a conciliação e mediação.

Por outra ótica segue o entendimento do doutrinador Humberto Dalla³⁷ em que até menciona que existe uma certa autonomia para as partes quanto ao rito processual e que consta inclusive de forma expressa no código. Destacou o entendimento que vem prevalecendo, que a audiência de conciliação e mediação não será realizada apenas nas hipóteses em que ambos, autor e réu não desejem tentar compor resolução consensual, conforme enunciado n.61³⁸ aprovado pela ENFAM:

somente a recusa expressa de ambas as partes impedirá a realização da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC/2015, não sendo a manifestação de desinteresse externada por uma das partes justificativa para afastar a multa de que trata o art. 334, § 8º[...].

Todavia, o doutrinador sustenta posição diversa. Apoiando que o magistrado deva possuir discricionariedade para analisar a utilidade ou não da audiência de mediação ou conciliação, conforme o que consta no processo. Independente da manifestação do autor ou do réu, ou de ambas as partes.

Ademais, sustenta que tal decisão é irrecorrível, podendo o magistrado agendar a audiência ainda que uma ou ambas as partes tenham indicado que não desejam a composição

³⁵ MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio; MADRUGA, Eduardo. *Processo Civil*. 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2016 p.472.

³⁶ “vide nota 16”.

³⁷ PINHO, Humberto Dallas Bernardino de. *Direito processual civil contemporâneo*, vol. 2 processo de conhecimento, cautelar, execuções e procedimentos especiais. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 92.

³⁸ SEMINÁRIO – O PODER JUDICIÁRIO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Disponível em:< <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em 17 jul. 2017.

a ser tentada em audiência de mediação ou conciliação, ou ao contrário, não designar a audiência quando uma ou ambas as partes indicam o interesse na composição consensual, pois, o entendimento do magistrado é que o ato é totalmente desnecessário (por exemplo as partes possuem histórico de conflitos de longas datas e que nunca tenham demonstrado ânimo em resolver o litígio).

Trazendo o cenário que, de nada adiantaria designar uma audiência de mediação ou conciliação que ocorra em tempo, as vezes inferior, de 15 minutos, onde seja perguntado por um conciliador se existe ou não a possibilidade de acordo de forma apressada e superficial.

Nessa toada, pode-se verificar que o entendimento do referido doutrinador é de manter o poder de decisão nas mãos do juiz, já que este detém uma análise imparcial sobre os documentos que constituem o processo. Se destaca também uma crítica a forma como ocorrem as audiências de conciliação e mediação, quanto a condução do ato, trazendo um questionamento acerca efetividade do procedimento.

CONCLUSÃO

A análise realizada quanto a normatização da realização da audiência de conciliação ou mediação trazida no Código de Processo Civil, se tratou de uma inovação ou uma evolução como resolução de conflito, pode-se observar que, no Brasil, essa busca pela conciliação já era utilizada desde o período do império. Aos poucos, foram sendo introduzidos os meios alternativos de resolução de conflitos valorizando esses mecanismos, seja através dos juizados especiais, da lei da arbitragem, de códigos de processos civis passados e do vigente. Em todos, a aplicação da conciliação ou mediação tiveram muita importância, apenas tendo essa relevância variado no tempo, de acordo com a evolução da sociedade, as expectativas de cada momento e as influências.

Nessa evolução contínua, observa-se que houve uma modificação quanto ao cenário dos sujeitos do processo, pois, anteriormente o juiz era visto como o protagonista nos processos, por ser o responsável pelo julgamento da lide, de acordo com os documentos que carregavam os mesmos. Sendo assim, não se falava em atuação das partes. O Código de Processo Civil de 2015, trouxe a idéia da comparticipação, que busca participação das partes na composição de acordos, de resoluções de conflitos, através do diálogo, através da comunicação. E, essa atuação das partes, não implica em retirar o protagonismo do juiz, e sim

buscar a solução de forma mais eficaz e efetiva para que se alcance a pacificação entre as partes. Além de abarcar um dos princípios normatizados, o princípio da duração razoável do processo.

Outro princípio tratado no artigo é o princípio da autonomia de vontades, pois, se tratou de meios consensuais de resoluções de conflitos, associado a voluntariedade, ou seja um ânimo em tentar compor um acordo, ou mesmo iniciar um diálogo de forma a buscar um consenso, que é um dos pilares do Código de Processo Civil. E ao trazer uma regra, de realização de audiência, mesmo que uma das partes manifeste a falta de interesse na conciliação, parece uma violação dessa vontade.

Entretanto, alguns doutrinadores entendem que não há que se falar em violação da autonomia de vontades, tendo em vista que o objetivo da norma vigente é fomentar os meios alternativos de resolução de conflitos. Apoiado pelo enunciado aprovado pela ENFAM, que também possui esse entendimento, de que somente poderia deixar de ocorrer a audiência na hipótese de ambas as partes indicarem a falta de interesse.

Outra corrente entende que, de fato, há uma violação a manifestação da vontade da parte que manifestou o desinteresse na audiência de conciliação e mediação, pois, como poderia ocorrer conciliação se uma das partes já indicou o desinteresse.

Por outro lado, há também, entendimentos doutrinários que a discricionariedade do magistrado deverá prevalecer, pois, este de acordo com os documentos dos autos, possui melhor visão sobre a utilidade ou não da realização da audiência de conciliação ou mediação.

A edição de uma norma que buscou desenvolver a solução de conflitos através do diálogo trouxe muita esperança, por outra ótica, o novo sempre traz receio. Sempre há o temor de não se adaptar as atuais normas, ou talvez que os meios de conciliação e mediação não sejam adequados a nossa realidade. Entretanto, as atuais normas devem servir de estímulo a buscar a justiça baseada nos princípios e com participação de todas as partes do processo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rafael Oliveira Carvalho. *Conciliação e Acesso à Justiça*. 2008. 6 f. webartigo. Curso de Direito – Universidade Estadual de Feira de Santana – UEFS, Feira de Santana – BA, 20 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/conciliacao-e-acesso-a-justica/11585/>>. Acesso em: 11 jun.2017.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 13 mai. 2017.

_____. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 jun. 2017.

_____. Código de Processo Civil 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 11 jun. 2017.

_____. Código de Processo Civil 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. *Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 13 mai. 2017.

_____. Lei 9.3017, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11346.htm>. Acesso em: 13 mai. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil. Inteiramente Estruturado à luz do novo CPC*. São Paulo : Saraiva , 2016.p.305.

BUSTAMENTE, Ana Paula, *A aplicação do agir comunicativo de Habermas na mediação comunitária: o diálogo como instrumento transformador*. 2013. Curso de Direito. Universidade Estácio de Sá. 2013 Curitiba. PR. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=514f94b7b871de0e>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.61.

_____. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 201

CAVALCANTE, Nykson Mendes Lacerda. *A conciliação como instrumento de pacificação social na resolução de conflitos*. *Revista Justiça & Cidadania*. Disponível em <<http://www.editorajc.com.br/2013/08/a-conciliacao-como-instrumento-de-pacificacao-social-na-resolucao-de-conflitos/>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Introdução ao Direito Processual Civil: Parte geral e processo de conhecimento*. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Juspodivm, 2015, p.623.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2008, p.23.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel e BASTOS, Fabrício. *Novo código de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio; MADRUGA, Eduardo. *Processo Civil*. 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2016 p.472.

PINHO, Humberto Dallas Bernardino de. *Direito processual civil contemporâneo*, vol. 2 processo de conhecimento, cautelar, execuções e procedimentos especiais. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.

RODRIGUES, Silvio. *Dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.15.

SALES, Lilia Maia de Moraes, *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Editora. Del Rey, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do direito processual civil. Processo de conhecimento. Procedimento Comum. São Paulo: Forense, 2016.p.797.