

O Princípio da Cooperação e a Audiência Prevista no Artigo 334 do Novo Código de Processo Civil

Marco Aurélio Gastaldi Buzzi

Ministro do Superior Tribunal de Justiça, componente da 2ª Seção e da 4ª Turma.

RESUMO: O presente artigo trata brevemente, primeiro, da forma legal como se inseriu o sistema multiportas em nosso atual sistema processual; em seguida, define-se e se analisa o chamado princípio da cooperação para, por fim, delimitar as suas relações com a obrigatoriedade da audiência inserta no artigo 334 do vigente Código de Processo Civil. Busca-se demonstrar, via método argumentativo-dedutivo, que o juiz não obediente à norma cogente determinante da audiência mencionada ofende o princípio da cooperação.

I – A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO SISTEMA MULTIPORTAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Constata-se, já nos primeiros artigos do Novo Código de Processo Civil vigente no país, a grande relevância que legislador deu ao ressurgido sistema multiportas na solução de conflitos e, portanto, ao conjunto de instrumentos concebidos a fim de dirimir as demandas oriundas da convivência social, legitimando mecanismos outros que não apenas aquele pertinente ao tradicional processo judicial.

Esses métodos, como reiteradamente tem sido afirmado, não constituem novidade alguma, até porque, em diversos países, inclusive aqui mesmo no Brasil, já foram ou continuam sendo utilizados como alternativa ao sistema jurisdicional de pacificação social.

Cumprir destacar que já da Carta Imperial de 1824, a primeira Constituição brasileira, constou a obrigatoriedade de o autor provar preliminarmente ao ajuizamento da ação, em determinados conflitos, ter submetido o caso ao serviço de conciliação, em seu artigo 161. Tal instituto funcionou como uma exceção à inafastabilidade de jurisdição, é dizer, para que houvesse acesso ao Judiciário formal era necessário anteriormente ter se tentado a resolução do conflito de forma não adversarial.

No mais das vezes essas práticas foram introduzidas nos sistemas, ou restabelecidas, como na hipótese brasileira, muito em razão do grande contingente de demandas judiciais em trâmite, o que acabou por tornar o Estado-Juiz quantitativamente insuficiente e, conseqüentemente, inviável a prestação da tutela almejada pelo interessado em tempo útil e na forma adequada.

Hoje, no Brasil, há diversos normativos introduzindo (ou fazendo ressurgir) as práticas que contemplam a mediação e a conciliação como ferramentas aptas a auxiliar na resolução de contendas, o que será aludido posteriormente neste trabalho.

Fica evidente que a nova lei instrumental brasileira, concomitantemente à forma até então reputada tradicional com que o *establishment* vinha compondo as contendas que lhe eram submetidas, trata que as lides apresentadas sejam submetidas primordialmente à mediação e à conciliação, e não apenas na modalidade extrajudicial, como também na forma pré-processual.

Tanto o é que, no artigo 165, menciona os CEJUSCs (Centros Judiciários de Resolução de Conflitos), local no qual os interessados devem ser recebidos, com vistas a triagem e encaminhamento ao setor (ou porta) considerado mais adequado à solução do tipo específico de conflito.

Verifica-se, portanto, que o Estado quer, sim, sejam disponibilizados às partes e aos interessados, e efetivamente utilizados na busca da pacificação social, métodos que até pouco tempo eram considerados alternativos ao processo judicial, contidos no dito sistema multiportas. Os mencionados métodos alternos foram expressamente abarcados pelo próprio Código, consoante expressamente regrado em vários de seus preceitos, destacadamente dos artigos 3º, §§ 2º e 3º, 165 e 334.

II – A LEGISLAÇÃO CORRELATA AO SISTEMA MULTIPORTAS: DEMAIS MARCOS REGULATÓRIOS

Temos atualmente, em nosso ordenamento nacional, a Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), a Lei 13.140/2015 (Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública), não podendo ser olvidados outros marcos regulatórios, ainda que dotados de âmbito restrito de aplicação, tais como a Resolução 125/2010 (Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário), expedida pelo Conselho Nacional de Justiça no afã de disciplinar a então ressurgente prática abarcada pelo Movimento pela Conciliação.

Note-se, ainda, que na imediata continuidade cronológica, além dos normativos já acima aludidos, conta-se também com a Resolução 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público (Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público), seguida pela Resolução 174/2016, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (Dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista), bem como pela Emenda Regimental 23/2016, do Superior Tribunal de Justiça (art. 288-A), que disciplina a criação do Centro de Soluções Consensuais de Conflitos.

III – O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NO NOVO CPC

Os parágrafos do art. 3º do vigente Código de Processo Civil, tratando de vias alternas ao processo (também equivalentes jurisdicionais), dispõem que é permitida a arbitragem, destacando que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, exceção feita aos casos insertos em lei e nas hipótese de direitos indisponíveis que não admitam transação, determinando aos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público estimular a conciliação, a mediação e os outros métodos de solução consensual de conflitos.

Fica evidente a preocupação do legislador em dar boa solução ao grave problema do estoque de processos judiciais existentes nos escaninhos do Judiciário. Os dados não mentem: as taxas de congestionamen-

to anual, alcançaram, nos últimos anos (2015/2016), respectivamente, 74,8%, 71,6% e 54,2%¹, nas Justiças Estadual, Federal e do Trabalho.

Preocupado não apenas em diminuir o número de processos, mas também com o bom desempenho do Judiciário como restaurador da paz social, o legislador e os operadores do direito (comissões formadas para tratar dos projetos de lei que trataram dessa matéria) inspirando-se tanto no atual direito europeu quanto nos antecedentes históricos nacionais, buscando elevar a níveis ótimos de efetividade a prestação jurisdicional, esforçaram-se e realmente tiveram sucesso em positivar o dever de cooperação entre os sujeitos processuais, inclusive o juiz.

Dispõe o artigo 6º do NCPC que “Todos os sujeitos do processo **devem cooperar entre si** para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (*destacou-se*). A partir do dispositivo, nota-se que o juiz é, ao lado das partes, um corresponsável pela resolução adequada e efetiva do processo em que atua, observando a celeridade. É o que a doutrina chama de princípio da cooperação ou da colaboração.

Afirma PAULA COSTA e SILVA² que “este princípio vem a refletir-se na imputação de situações jurídicas aos diversos intervenientes processuais, que visam a uma atuação colaborante no processo”. O princípio “orienta o magistrado a tomar uma posição de agente colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras³”.

A partir do princípio, retira-se que o julgador não deve apenas observar o fenômeno processual com distanciamento, mas deve se empenhar na pacificação da lide jurídico-social. Fredie Didier aduz que se busca “uma condução cooperativa do processo, sem destaques para qualquer dos sujeitos processuais⁴”.

O princípio da colaboração coloca o sentenciante e as partes em pé de igualdade, como coparticipantes de um projeto com um fim comum e direcionado, tendo cada vértice da relação instrumental seu papel. A função judicante, portanto, se não modificada, foi em muito aperfeiçoada ao advento no novo diploma ora em foco, destacadamente no que se refere ao processo formal.

1 Disponível em : <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf> Acesso em: 16 mar. 2017.

2 SILVA, *Acto e processo*, p. 590.

3 JUNIOR, Fredie Didier. *Revista de Processo*. 2006. P. 76.

4 DIDIER, Fred, *Curso de Direito Processual Civil*, p. 126.

Além disso, afirma a doutrina que ao juiz incumbem os “deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio para com os litigantes⁵”.

Tanto as partes contendoras quanto o Estado-juiz almejam, comumente, o fim do feito. Processo é meio, não um fim em si próprio; é mero instrumento de consecução do bem da vida, não o bem da vida *per si*. A solução dele, nada mais adequado, deve ser projetada conjuntamente, mediante o auxílio judiciário, entre os próprios envolvidos.

Nesse mister, sobre o importante papel desempenhado pelas partes ensina Luiz Rodrigues Wambier que “Ninguém mais duvida que as partes [...] são as mais capacitadas para, com eficiente trabalho de aproximação ou com a oferta de sugestões adequadas, construírem a melhor solução possível⁶”. O papel do juízo, portanto, é precipuamente o de oportunizar tais soluções, sempre recordando que o conflito dirimido por meio de acordo construído pelos próprios contendores tem muito mais chances de prosperar, em termos de pacificação do conflito sociológico, que a sentença judicial.

Marcelo José Magalhães Bonico (2016, p.82) explana:

Não há dúvida de que um modelo mais cooperativo, em que o juiz estabeleça um diálogo com as partes a respeito de todos os atos do processo, em especial no que diz respeito às provas, seria melhor do que o atual, em que o juiz, sempre num plano de superioridade, pouco dialoga.

Nesse ponto, o Novo Código trouxe várias modificações. Cite-se, por exemplo, aquela relativa às chamadas decisões-surpresa, proferidas sem que se ouça a parte que sofrerá revés, agora expressamente vedadas (art. 9º, NCPC), sendo necessário se implementar o pleno contraditório antes de se decidir.

Verdade é que, consoante entendimento do autor por último citado, o instituto da cooperação processual, na verdade, não retrata propriamente um princípio técnico jurídico a ser observado, senão um fruto de uma ideologia, de uma radical mudança de mentalidade por parte dos operadores do direito.

5 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, esp. p. 84.

6 WAMBIER, Luiz Rodrigues. *TEMAS ESSENCIAIS NO NOVO CPC*. p. 43-44

As ideologias, que podem não só constatar a existência de fenômenos e decifrá-los, igualmente estão capacitadas para construí-los, uma vez que superado de há muito a concepção de que esses vetores seriam como que frutos espontâneos da natureza, do acaso.

Tem-se que o ponto de partida do combate à “cultura da sentença”, deve emergir tanto do ânimo do requerente/requerido (e de seus advogados) quanto do ânimo do próprio juiz. Sem a militância desses sujeitos processuais, a cooperação não produzirá qualquer efeito, resultado ou benefício real.

Sem dúvida, houve quem defendia – e ainda quem defenda – que são próprias à natureza do processo a não-cooperação, a litigância. Sem razão, contudo.

Está superada a visão segundo a qual as partes, por definição requerente/requerido, autor/réu etc. estariam em centros de poder opostos e em razão disso manteriam interesses opostos entre si, levando o modelo puramente adversarial, em sua acepção mais extrema, até as últimas consequências. Um ganharia enquanto o outro perderia, como o era ao tempo medieval da justa cruel.

Naquela ultrapassada compreensão, o protagonismo era exclusivamente das próprias partes, sendo papel do juiz observá-las, como um mero expectador diante de um duelo derradeiro, distante dos vetores que pudessem colaborar para a melhor pacificação do conflito, incumbido que estava, tão somente, de zelar pela integridade, higidez e validade dos procedimentos, para então, só ao fim, projetar a bala mortal contra um dos litigantes, a sentença.

Não há mais lugar para tal entendimento, nem para essa ultrapassada mentalidade.

É dizer, neste aspecto específico, faz-se necessária uma nova compreensão acerca dos sujeitos processuais a fim de se alcançar a pacificação social, ainda que por via judicial, sendo oportuno lembrar que, após o advento do NCPC, a mediação (mais do que a conciliação) é sim uma forma de resolução de conflito ante a qual as partes **devem** ser submetidas mesmo que já no curso demanda judicial, como expressamente está no artigo 334 do novo estatuto processual, o que será melhor explorado em tópico específico.

Ousa-se dizer que a busca pela implementação de uma cultura pacifista, inclusive no que diz respeito aos litígios judiciais, e assim, por con-

dutas e perfis mais colaborativos, não irá ceder à concepção já reputada ultrapassada, antiga, retratada em métodos exclusivamente antagonistas na condução da relação processual.

A realidade tem se impellido aos juristas. Consequentemente, resulta altamente desaconselhável o retrocesso à “cultura da sentença”.

III - A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO INSERTA NO ARTIGO 334 DO NCPC E SUA OBRIGATORIEDADE

A opção legislativa primária, atualmente, é no sentido da resolução de conflitos por meios não adversariais, consoante se denota dos artigos 149, 165 e, destacadamente, do 3º, § 2º, todos do Novo Código de Processo Civil. Pode-se até mesmo dizer que o este último dispositivo remete para a via judicial propriamente dita, com todas as suas fases procedimentais, unicamente os casos inviáveis de serem resolvidos por meios consensuais, como a mediação e a conciliação. Evidentemente, nestas hipóteses, preponderando os formatos pré-processuais e extrajudiciais sobre os judiciais.

Ainda na vigência da legislação anterior, o artigo 447 do Código de Processo Civil de 1973 dispunha que “quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento”, quando se dará a tentativa de conciliação das partes (art. 448).

Merece destaque o verbo utilizado pelo Código de 1973: *determinar*, cuja essência está ligada, não a uma faculdade ou a um poder, mas, em verdade, a uma obrigação.

E se havia alguma dúvida sobre a obrigatoriedade antes, agora a redação do artigo 334 do Novo Código de Processo Civil se mostra acima de questionamentos, senão leia-se:

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. (destacou-se)

Nota-se uma grande correspondência entre os dispositivos mencionados, havendo, contudo, uma alteração de relevância: o momento de realização da audiência. Antecipou-se a referida reunião para a fase pro-

cedimental imediatamente anterior à apresentação da resposta, primeira manifestação do réu. Dessa forma, evitam-se atos processuais eventualmente praticados desnecessariamente e se permite ir direto ao ponto – a resolução (dissolução) da lide.

A importância desta audiência salta aos olhos quando se percebe que o Código considera o injustificado não comparecimento a ela ato atentatório à dignidade da justiça, sancionável com multa de até dois por cento do valor da causa (art. 334, § 8º).

A obrigatoriedade, contudo, não é absoluta. O próprio Código traz duas exceções: a) se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; b) quando não se admitir composição (art. 334, § 4º, I e II). Nos dizeres da Lei, deve haver unanimidade de vontades para a não realização da audiência, ainda que haja litisconsórcio. Assim, salvo as duas exceções, entende-se que **deve** ser convocada a audiência.

Ademais disso, a Lei também traz, no art. 139, V, que é dever do juiz promover, a qualquer tempo, a autocomposição, a ser realizada, preferencialmente, com o auxílio de conciliadores e mediadores, obviamente em razão da presumível maior especialização destes últimos.

O alegado se mostra ainda mais sólido quando se lança mão de uma interpretação sistemática do dispositivo. Vive-se em tempos da chamada constitucionalização do processo civil, da adequação à realidade subjacente ao conflito, da simplificação, do maior rendimento ao processo, de convenções processuais etc.

Inúmeras são as vantagens sobrevindas da solução consensual do conflito, sendo a pronta pacificação a maior delas. Outras vantagens reflexas são: a diminuição significativa de custos financeiros e emocionais; a celeridade com que se resolve o conflito; a sensação de controle, pelas próprias partes, do procedimento, dando-lhes maior satisfação e segurança; a maior possibilidade de se levar a efeito o acordo realizado, justamente porque foram elas próprias que o firmaram.

Entretanto, segundo matéria do G1⁷, há juízes de variados estados, entre eles São Paulo, Paraná, Espírito Santo, Santa Catarina e do Distrito Federal, que não determinam a audiência conciliatória, como se viu, obrigatória, afora das exceções legais, fundando-se nas mais diversas razões. Alguns alegam a falta de conciliadores, outros a falta de estrutura, outros,

⁷ Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/08/juizes-ignoram-fase-de-conciliacao-e-descumprimento-novo-codigo.html> Acesso em: 13 mar. 2017.

ainda, afirmam que, se a parte não manifestar expressamente sua vontade de conciliar na inicial, a audiência não deve ser convocada. Há decisões justificadas até na razoável duração do processo.

Fato é que o juízo comprometido com o (chamado por muitos) princípio da cooperação faz questão de observar a obrigatoriedade imposta pela lei. A transgressão da fase procedimental prevista no artigo 334 do CPC, não rende ensejo à mera superação de uma formalidade do processo, mas sim a modificação de todo o procedimento previsto no código instrumental.

É que a não realização da audiência preconizada pela lei obrigará o juiz a criar fases na condução do feito, as quais não estão previstas em lei, diferentemente das hipóteses em que a norma expressamente oferece alternativas para os casos da não implementação da audiência ora em comento, quando inviabilizada a sua efetivação por motivo admitido pela norma legal.

Pode-se dizer que nesta hipótese o operador do direito estará não apenas descumprindo a lei, mas também substituindo o próprio legislador, vez que, a seu único critério, mais do que deixa de realizar um ato procedimental, mas altera e terá de readaptar aquele (procedimento) ínsito em norma cogente, indiretamente restringido direitos estabelecidos pelo sistema, como, por mero exemplo, o lapso para a defesa do demandado compreendido no interregno que vai desde a citação do réu, com prazo de antecedência de vinte dias da audiência de conciliação/mediação, somente a contar da qual é que, ainda, passaria a fluir o prazo de contestação (art. 335, I, do CPC).

Na fala dada a Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, ao advento da introdução que procede à abordagem do atual código de processo civil, destaca-se que o diploma ora em evidencia:

[...] é a primeira legislação processual brasileira erigida sob a égide de um Estado Democrático de Direito, e como tal, se alinha, e consagra princípios e valores constitucionais muitas vezes mitigados no asoberbamento da prática forense [...] o Novo Código de Processo Civil promove a valorização dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos, ciente da realidade judiciária brasileira e da necessidade de uma menor litigiosidade da sociedade [...] O compromisso do Novo CPC é, de fato, com a sociedade [...] se tal poder é conferido ao processo, este tem de se

transformar, de se adaptar, renovar, assumindo o papel técnico, objetivo, imparcial, mas também sensível às dinâmicas sociais e vicissitudes do ser humano, por instrumento garantidor que é.

(in Novo Código de Processo Civil 2016 – Lei 13.105/15 com as alterações da Lei 13.256/2016, Luiz Fernando do Vale Almeida Guilherme (Org.) Belo Horizonte: Editora Letramento, 2016.)

IV – A MUDANÇA DE MENTALIDADE

Em diversos preceitos e em diferentes procedimentos constata-se a reprodução do ânimo do legislador em introduzir essa nova mentalidade na sistemática das lides forenses, indo para muito além das práticas exclusivamente extrajudiciais, incluindo agora diretamente nos procedimentos judiciais, seja na modalidade pré-processual ou processual, momentos especialmente dedicados à mediação, como está, por mero exemplo, no art. 565 do NCPC, o qual prescreve que “quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias” .

Essa é a nova mentalidade que acaba introduzir no próprio Código de Processo Civil as práticas até aqui definidas como métodos alternativos aos meios (judiciais) tradicionais de resolução de conflitos e, bem é sabido que, obviamente, esse novo pensar enfrentará muitas e diversificadas resistências, algumas delas ditadas tanto pelo conservadorismo, justificado ou não, quanto pela acomodação ante a árdua tarefa de assumir um método de condução de processos que, com certeza, irá impor mais atividades por parte da máquina do Judiciário.

Isto exige a troca e renovação de toda a metodologia tradicional de estruturação das pautas de audiências, um diferente método de comprometimento das datas nas agendas, que deixarão de ser exclusivamente dos juízes de direito, os quais passarão a ter que trabalhar em conjunto com os seus colaboradores, os mediadores judiciais ou voluntários.

São os novos tempos. É toda uma nova mentalidade que está sendo construída e que, aos olhos da história, é irreversível, fruto tanto de um grande esforço de toda uma geração de operadores de direito quanto de metas traçadas institucionalmente pelo órgão constitucionalmente encarregado de fixar as políticas públicas do poder judiciário. •