V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

ACESSO À JUSTIÇA

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

HENRY JAVIER TRUJILLO AROCENA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

A174
Acesso à Justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/UFSM/Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Henry Javier Trujillo Arocena, José Querino Tavares Neto – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-215-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Justiça. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

ACESSO À JUSTIÇA

Apresentação

En las presentaciones realizadas se puede ver análisis que recorren distintos niveles de temas dentro del concepto de acceso a la justicia. De manera general, se pueden distinguir cuatro aspectos que han motivado el trabajo de los ponentes. Un aspecto que se podría llamar "procesal" refiere a los institutos procesales disponibles dentro del Poder Judicial y dentro del sistema institucional como un todo. Básicamente, éstos refieren a diferentes tipos: los mecanismos alternativos tales como el arbitraje, conciliación y mediación; los juzgados especiales, y los institutos de acción colectiva o de público interés. Quienes expusieron sobre estos temas estaban preocupados sobre todo por la eficiencia y eficacia de estos instrumentos procesales, particularmente los primeros –la mayoría de los trabajos refirió a ellos- debido principalmente a la reciente entrada en vigencia del Código del Proceso Civil en Brasil (CPC) que ha incluido innovaciones en los procedimientos de conciliación y mediación, en busca de facilitar la entrada al sistema legal por parte, especialmente, de aquellas personas y grupos más vulnerables. Los mecanismos de autocomposición son vistos como una forma prometedora de enfrentar el crecimiento y complejidad de las demandas que enfrenta el Poder Judicial. En general, estos trabajos concluyen que estas herramientas son un avance, aunque todavía insuficientes.

Un segundo tipo lo constituyen las acciones colectivas, incluyendo acciones de masa. También aquí el CPC incluye innovaciones cuyo efecto se verá en el futuro, y también aquí quienes abordan el tema observan limitaciones en el diseño del instituto. El tercer tipo, dado por los juzgados especiales, ha sido objeto de un trabajo que también observa el funcionamiento de la Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (TNU), encontrando que ha adoptado formas novedosas de unificación de jurisprudencia y de generación de parámetros de actuación, facilitando soluciones más próximas a las necesidades de los justiciables y también más rápidas.

Más allá de los instrumentos procesales, un trabajo tomó en cuenta el papel de las Defensorías públicas como mecanismo de acceso a la justicia, especialmente para personas más vulnerables. Se encuentra que, a pesar de la existencia de recomendaciones internacionales sobre la necesidad de este mecanismo, y de que estas fueron incorporadas en

la Constitución, la implementación de la institución es deficiente en buena medida, teniendo cobertura solo en una fracción del territorio, y con problemas de funcionamiento en muchas partes.

De hecho, los problemas de calidad del diseño y la implementación de instrumentos procesales, y de los propios organismos con funciones en el acceso a la justicia, son observados reiteradamente por los ponentes. Se señala justamente que el acceso no puede reducirse solo a la admisión en el proceso, sino que incluye también el modo de ser del proceso, la justicia del resultado y su utilidad. Los distintos trabajos sugieren que la promulgación de disposiciones legales es un paso adelante, pero notoriamente insuficiente si no es acompañada de otros procesos de cambio. Todo esto lleva a complejizar el concepto de acceso a la justicia, complejización que refleja la de la sociedad que demanda ese acceso, que según ven varios de los ponentes se ha vuelto más diferenciada y múltiple.

En este sentido, un trabajo se apoya en la teoría de los juegos para aludir a la existencia de ciertas formas de cultura legal que tienden a identificar acceso a la justicia como acceso a un litigio que, en tanto conflicto, solo puede ser resuelto por adjudicación, aplicando la fuerza del Estado. En cambio, los modelos de autocomposición presuponen la posibilidad de comportamiento cooperativo, que resulta difícil de conciliar con el paradigma imperante.

Finalmente, dos trabajos se han referido a los temas planteados por los enfoques neo constitucionalistas. Uno de ellos analiza los dilemas distributivos que se plantean frente a la actuación del Poder Judicial en el acceso a medicamentos y servicios médicos de alto costo, proponiendo la aplicación de la teoría de la justicia de Rawls como forma de decidir la asignación de recursos escasos frente a la judicialización de estas demandas. El otro trabajo explora la inobservancia de disposiciones positivas, especialmente de la audiencia preliminar, desde la perspectiva de Luigi Ferrajoli.

De hecho, el GT propuesto Acceso a la Justicia afirma cada vez más como un espacio de discusión no sólo de acceso a los tribunales como una herramienta para producir la justicia, que no pocas veces produce exactamente lo contrario, pero, sobre todo, la construcción la ciudadanía y la necesidad de aumentar las oportunidades de acceso a los sistemas de justicia. Esto sólo será efectiva como cuando el monopolio de decir lo que es correcto para migrar a una mayor comprensión de lo que es correcto y por lo tanto no sólo ellos mismos tienen que cambiar las fuentes tradicionales del derecho, tales como, en particular, la expansión de los actores inherente a la toma de decisiones y constructivo proceso de su fuente más recurrente, la ley.

Montevidéu

Prof. Dr. Henry Trujillo - UDELAR

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG/PUCPR

O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA E A REGULAMENTAÇÃO DAS ATIVIDADES DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

FUNDAMENTAL RIGHT TO ACCESS TO JUSTICE AND THE RULING OF THE CONCILIATION AND MEDIATION ACTIVITIES DEVELOPED BY THE JUDICIAL POWER IN THE NEW BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE RULES

Luis Alberto Reichelt [1]

Resumo

O presente artigo pretende investigar a densificação do direito fundamental ao acesso à justiça pelo legislador mediante a inserção da conciliação e da mediação no contexto do novo Código de Processo Civil. Propõe-se o estudo crítico das estratégias eleitas pelo legislador na conformação dos procedimentos e das peculiares técnicas utilizadas com vistas ao incentivo da autocomposição de litígios.

Palavras-chave: Processo civil, Direitos fundamentais, Acesso à justiça, Mediação e conciliação

Abstract/Resumen/Résumé

The present essay examines how the legislator promoted the densification of the fundamental right to access to justice by inserting conciliation and mediation in the Brazilian new Civil Procedure Rules. It's a critical study about the legislator's elected strategies in order to adapt civil procedures and the peculiar techiques used to encourage voluntary dispute resolution

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil procedure, Fundamental rights, Access to justice, Mediation and conciliation

[1] Mestre e Doutor em Direito pela UFRGS. Professor nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da PUCRS. Procurador da Fazenda Nacional em Porto Alegre (RS).

1. Introdução

O advento de um novo Código de Processo Civil renova o desafio consistente na exigência de concretização de direitos fundamentais de natureza processual, em especial no que se refere ao direito ao acesso à justiça. Mais do que mera alteração no plano legal em termos de fontes do Direito, a forma como o legislador dispõe a respeito da regulamentação de parâmetros previstos no âmbito constitucional pode até mesmo trazer alterações no que se refere ao conteúdo do significado da própria proteção ofertada no plano dos Direitos Fundamentais.

O presente ensaio propõe-se a investigar em perspectiva crítica uma das projeções possíveis a serem consideradas nesse contexto, qual seja a do direito fundamental ao acesso à justiça, tomando em conta o microssistema formado pelas ferramentas em sede de conciliação e mediação conforme reguladas no novo Código de Processo Civil. A questão é relevante, na medida em que coloca em lume a preocupação com os perigos de retrocesso social decorrente de providências tomadas no âmbito infraconstitucional. O papel do intérprete, sob essa ótica, é o de garantidor, a ele cabendo o controle quanto à construção de significado na exegese da lei de modo que seja assegurado o efetivo respeito aos direitos fundamentais. Da mesma forma, cabe ao intérprete, ainda, a busca de otimização dos efeitos desses mesmos direitos fundamentais através do emprego das novas fórmulas trazidas pelo Poder Legislativo, fazendo com que a lei seja lida da maneira que permita a maior amplitude possível de proteção a tais direitos.

A fim de enfrentar tal problemática, propõe-se um estudo dividido em duas partes. Na primeira delas, analisar-se-á de que forma é possível justificar a existência de mecanismos de densificação do direito fundamental ao acesso à justiça no novo Código de Processo Civil, com ênfase nos mecanismos a serem utilizados para solução de conflitos baseados em estruturas de autocomposição de litígios. Ato contínuo, passar-se-á ao estudo de problemas relevantes na regulamentação proposta pelo legislador em relação à mediação e à conciliação no âmbito judicial, nos quais será possível as dificuldades presentes no equacionamento do direito fundamental ao acesso à justiça quando visto em contraste com outros direitos fundamentais de natureza processual. Sob essa ótica, investigar-se-á as questões tomando em conta não só a inserção da audiência de mediação e de conciliação no âmbito do procedimento comum, mas também o surgimento de problemáticas consideráveis decorrentes da dificuldade

presente na adequação de procedimentos especiais ao novo paradigma proposto em sede de acesso à justiça.

2. O direito fundamental ao acesso à justiça e sua densificação no modelo multiportas proposto pelo novo CPC.

O art. 5º, XXXV da Constituição Federal consagra o direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional, o qual é parte integrante de um outro de maior espectro, qual seja o direito fundamental ao acesso à justiça. O direito humano e fundamental ao acesso à justiça compreende o acesso efetivo a todos os meios pelos quais as pessoas possam reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios.

Sob a ótica do acesso à justiça, múltiplos podem ser os prismas a serem considerados. Em uma primeira aproximação, é possível diferenciar os instrumentos comprometidos com o desafio do acesso à justiça em dois grandes grupos. De um lado, observa-se que a tutela de direitos pode ser implementada mediante o emprego de *meios para solução de conflitos* (jurisdição exercida por órgãos do Estado, arbitragem, mediação, conciliação e transação). Ao lado destes há, ainda, outros nos quais a jurisdição é exercida *com vistas à criação de situações jurídicas subjetivas mediante a presença de prestação estatal, independentemente da pressuposição da existência de litígio a ser dirimido* (jurisdição exercida por órgãos do Estado em relação a ações constitutivas necessárias).

Uma outra classificação é a que pode ser construída em se tomando em conta os diversos meios que podem ser empregados com vistas à solução de conflitos. Sob esse prisma, há um primeiro conjunto de *ferramentas baseadas em estruturas de autocomposição de litígios*, compreendidas em tal rol a mediação, a conciliação e a transação. A esse conjunto é possível contrapor outro formado pelos *meios estruturados como mecanismos de heterocomposição de litígios*¸ formado pela jurisdição exercida por órgãos do Estado e pela arbitragem[1].

A consideração de um terceiro critério permite sejam separadas as diversas ferramentas existentes tomando como critério a presença ou não de uma prestação estatal diretamente ofertada às partes como meio para resolução de conflitos. Essa é a baliza que permite contrapor as *atividades que envolvem a atuação de órgãos do Estado*

[1] Para maiores considerações sobre outras categorias e reflexões sobre autocomposição de litígios, ver CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*. Cidade do México: UNAM, 2000. p. 71 e seguintes.

como meios para solução de litígios (jurisdição, mediação e conciliação) em relação a *atividades nas quais a resposta para o impasse é construída independentemente da existência de uma prestação ofertada diretamente por esses mesmos órgãos* (mediação, conciliação e arbitragem)[2].

Da consideração das possibilidades acima elencadas, tem-se que a fundamentação de um sistema multiportas de acesso à justiça[3] como fenômeno dotado de *status* constitucional pode ser construída a partir do entrelaçamento entre duas premissas fundamentais. Nesse sentido, a compreensão do conteúdo do direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional como manifestação de atividade desenvolvida no âmbito da separação de poderes e funções do Estado é vista como uma fórmula que não exclui a possibilidade de existência de outras ferramentas igualmente comprometidas com a preocupação de solucionar conflitos. Desse encontro de razões resulta a construção de um direito fundamental que se enquadra dentre aqueles relativos à organização e ao procedimento[4], o qual é dotado de considerável sofisticação se comparado com outras ferramentas predispostas no ordenamento jurídico pátrio.

O legislador responsável pelo novo Código de Processo Civil sinaliza estar ciente a esse respeito. É o que se constata do marco legal estampado no art. 3º da referida codificação: se, no *caput*, vem densificada a fórmula constitucional do art. 5º, XXXV, nos parágrafos do referido comando o que se vê é justamente a compreensão quanto à existência de outros mecanismos igualmente voltados ao mesmo escopo, como a arbitragem, a mediação e a conciliação.

Esse modelo multiportas de acesso à justiça é formatado mediante o emprego de uma série de estratégias diferentes por parte do legislador. De um lado, a possibilidade de recurso à arbitragem constante do parágrafo primeiro do art. 3º do novo Código de Processo Civil é tratada como um direito fundamental de liberdade, situado no âmbito da autodeterminação das partes a respeito dos meios de que pretendem lançar

---

[2] A conceituação proposta é mais abrangente que a defendida por CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 8, para quem a expressão acesso à justiça envolve um sistema desenvolvido "*sob os auspícios do Estado*".

[3] Fazendo menção à adoção desse modelo multiportas de acesso à justiça, ver REZENDE, Renato Horta. *O novo Código de Processo Civil voltado para a resolução de conflitos: mudança de paradigma?*. Revista dos Tribunais, vol. 965 (2016): 75-97; RASCOWSKI, Luiz. Apontamentos sobre o novo Código de Processo Civil. Revista dos Tribunais, 958 (2015): 363-386; LESSA NETO, João Luiz. *O novo CPC adotou o modelo multiportas!!! E agora?!*. Revista de Processo, vol. 244 (2015): 427-441.

[4] Sobre a caracterização desses direitos fundamentais à organização e ao procedimento, ver ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 454 e seguintes.

mão para solucionar conflitos. No que se refere à mediação e à conciliação, a fórmula empregada estende-se em duas direções, criando um cenário ainda mais rico. Primeiramente, renova-se o compromisso com a liberdade de escolha da parte por outros meios de solução de conflitos que não a prestação jurisdicional estatal, inerente aos mecanismos baseados em estruturas de autocomposição de litígios. Paralelamente a isso, o legislador estabelece compromissos do Estado com vistas à adoção de prestações positivas: no parágrafo segundo, mediante o emprego de uma formulação principiológica de desejo de produção de um resultado, e, no parágrafo terceiro, através do estabelecimento de regra a serem observada por determinados sujeitos[5].

A densificação do direito fundamental ao acesso à justiça pelo novo Código de Processo Civil tem o condão, ainda, de servir como indicativo a ser considerado pelo intérprete ao ofertar significado aos demais comandos constantes do sistema. A inserção do art. 3º dentro do seleto rol das chamadas normas fundamentais deve servir como guia a nortear o intérprete de modo a sempre optar pela exegese que melhor atender à exigência de acesso à justiça. Essa perspectiva teleológica mostra-se justificada em um dos principais aspectos inerentes à fundamentalidade formal do direito ao acesso à justiça, qual seja a sua aplicabilidade imediata a entidades públicas e privadas[6]. Uma postura hermenêutica que não priorize o respeito a direitos fundamentais nas escolhas feitas pelo intérprete é, em verdade, atentatória em relação ao constante do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.

3. Desafios decorrentes da regulamentação das atividades de mediação e conciliação desenvolvidas pelo Poder Judiciário no novo Código de Processo Civil.

A inserção da mediação e da conciliação no contexto das atividades implementadas pelo Poder Judiciário é tarefa que se constitui em muito mais do que simples inserção de uma etapa dentro de um procedimento jurisdicional. As escolhas feitas pelo legislador deixam em aberto uma série de questões que clamam por solução por parte do intérprete.

---

[5] Zulmar Duarte destaca que a conclamação feita no art. 3º, § 3º do novo Código de Processo Civil "*é dirigida aos juízes, advogados, defensores públicos e ao membro do Ministério Público, não mais somente para o magistrado*" (in GAJARDONI, Fernando da Fonseca, DELLORE, Luiz, ROQUE, André Vasconcelos e OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte. *Teoria Geral do Processo. Comentários ao CPC de 2015. Parte Geral*. São Paulo: Método, 2015. p. 17)

[6] Sobre a distinção entre fundamentalidade formal e fundamentalidade material de direitos, ver SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 74-75.

3.1. A petição inicial e a manifestação de interesse (ou desinteresse) do autor na realização da audiência de conciliação ou mediação: questões a considerar

Uma primeira questão a ser pontuada diz respeito à fórmula proposta pelo legislador no art. 319, VII, do Código de Processo Civil, segundo a qual a petição inicial indicará, dentre outras informações, a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

A análise do referido comando legal comporta pelo menos quatro importantes questões a serem consideradas. A primeira delas é a que diz respeito à efetividade da manifestação do autor, tendo em vista o disposto no art. 334, § 4º, I, do mesmo Código de Processo Civil, de acordo com o qual a audiência não será realizada se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual. A consideração do texto legal faz com que a manifestação do autor somente opere efeitos na medida em que encontre correspondência por parte do réu igualmente desinteressado na realização da referida audiência. Ainda segundo o legislador, essa manifestação do réu, por sua vez, deverá ser apresentada até dez dias antes da data agendada para realização da audiência, a teor do disposto no art. 334, § 5º, da novel codificação processual.

É no mínimo questionável a posição do legislador ao estabelecer como condição para a não realização da audiência a presença de manifestação de desinteresse de *ambas* as partes. A insistência na realização de audiência de conciliação ou mediação em caso no qual uma das partes, de maneira inequívoca, afirma não desejar se submeter a qualquer tentativa de autocomposição pode soar como desconsideração da vontade dos jurisdicionados. Há que se lembrar, nesse sentido, que o caráter disponível dos direitos que podem ser objeto de conciliação deve ser acompanhado da voluntariedade na manifestação de quem se submete aos mecanismos de conciliação e mediação. O caráter inabalável que possa eventualmente nortear a fé do legislador em relação à efetividade dos meios colocados à disposição com vistas à solução consensual de litígios não pode solapar a liberdade de disposição de direitos do autor e do réu, a quem deve ser colocada a alternativa de escolha por participar ou não de tal ato processual[7].

[7] Essa também é a posição de MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 533-535. Uma posição intermediária, pelo que se infere dos exemplos que elenca, é a de GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. 3ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 2015. p. 48. Em sentido contrário, defendendo que na presença de manifestação apenas do autor deve haver a realização da audiência, ver MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio

Dessa primeira ordem de considerações exsurgiria, como alternativas para a parte desinteressada na tentativa de acordo, considerar as possibilidades de simplesmente não comparecer à audiência ou de fazer com que um preposto seu a ela comparecesse. Nesse cenário, ergue-se um segundo problema a ser considerado, qual seja o da ausência de razoabilidade da fórmula em questão no que se refere à escolha pelo comparecimento ou não à audiência de conciliação. Segundo o art. 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. O que se vê em tal comando é que um ônus imponível à parte foi transformado pelo legislador foi alterado de modo que a sanção desfavorável ao interesse de quem deixa de praticar o ato processual não guarda qualquer relação com a finalidade do ato. A norma em questão trabalha com a obrigatoriedade como modal deôntico a ser respeitado[8] em detrimento daquele que deveria ser adotado se considerada a natureza do fenômeno, qual seja a consideração da conduta como meramente facultativa, e, ao assim proceder, desafia o postulado da razoabilidade, impondo restrição injustificada ao direito fundamental à autodeterminação do autor e do réu em tal contexto[9].

A terceira questão derivada desse mesmo contexto envolve considerar os efeitos decorrentes do silêncio do autor que, ao apresentar a petição inicial, nada diz em relação à opção pela realização ou não da audiência de conciliação ou de mediação. Seguramente a sanção a ser aplicada ao demandante não pode ser no sentido do indeferimento da petição inicial, tendo em vista que tal opção importaria em desconsiderar a teleologia presente nas exigências a serem atendidas. Sob o signo da efetividade do direito fundamental ao acesso à justiça, o silêncio da parte deve ser interpretado como concordância com a existência da audiência de conciliação ou mediação[10]. Assim ocorre na medida em que tal orientação é a que consagra o maior

---

Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 2. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 180.

[8] Afirmando que a norma em questão veicula um dever a ser observado pelas partes, ver DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 17ª edição. Salvador: Editora Jus Podium, 2015. p. 625.

[9] A respeito dessa acepção da noção de razoabilidade, ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 98-101.

[10] Essa é a posição de Guilherme Freire Teixeira, CUNHA, José Sebastião Fagundes. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 576; de Luis Guilherme Aidar Bondioli, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR, Fredie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (org.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 818-

número de alternativas a serem empregadas pelas partes com vistas à obtenção de solução para os impasses por elas trazidos ao conhecimento do Poder Judiciário.

Uma última questão que se coloca como desdobramento da problemática anterior é a que concerne aos limites a serem observados pela parte autora ao apresentar petição manifestando desinteresse na audiência de conciliação ou mediação após a propositura da ação. Certamente os riscos da preclusão restam afastados em se considerando a possibilidade de emenda à inicial até a data da citação: em se considerando que o art. 329, I do Código de Processo Civil permite a alteração do objeto do debate até esse momento independentemente de anuência da contraparte, não se há de questionar a possibilidade de a parte dispor nesse mesmo ínterim a respeito das providências que pretende sejam utilizadas com vistas à solução do conflito por ela retratado na peça vestibular.

As diretrizes acima expostas permitem construir soluções ainda mais criativas para a última questão apresentada. Uma delas é a que envolve considerar a possibilidade de o autor apresentar a referida manifestação de desinteresse na realização da audiência de conciliação e mediação dentro do mesmo prazo imposto ao réu, isto é, até dez dias antes da realização da referida audiência. A teleologia das normas justifica o acerto da conclusão, tendo em vista que em tal circunstância restariam atendidos os objetivos associados à regra estampada no art. 334, § 5º, do Código de Processo Civil. Ao mesmo tempo em que se preserva a liberdade das partes de dispor sobre o interesse na realização ou não da audiência de conciliação ou mediação, a apresentação de manifestação de ambas as partes dentro do prazo citado permite ao Poder Judiciário reorganizar sua força de trabalho de modo que a pauta de audiências possa ser redesenhada. Considerando que o prazo de antecedência previsto no art. 334, § 5º, do Código de Processo Civil é projetado, ainda, como ferramenta destinada a assegurar previsibilidade ao autor a respeito da expectativa ou não de realização da audiência multicitada, não se vislumbra prejuízo em seu desfavor na apresentação de manifestação até o advento do referido termo legal.

A única ressalva a ser feita em circunstâncias como a acima narrada diz respeito à necessidade de renovação da comunicação a ser endereçada ao réu, que deverá ser intimado em relação a tal petição, não se considerando necessário reagendar a audiência por tão somente em função da superveniência dessa nova informação trazida

819; e de AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às Alterações do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 436.

aos autos. Nesse caso, bastaria que a decisão que viesse a determinar a comunicação do réu a respeito da manifestação do autor contemplasse também expressamente a referência a respeito da preservação da data ou, de outro lado, que o referido comando contemplasse alerta para o réu a respeito da circunstância do início do prazo de contestação a partir da mencionada intimação, na hipótese de se entender ser injustificada a realização da audiência nos casos em que uma das partes (ou ambas) tenham manifestado interesse nessa direção.

3.2. A regulamentação estabelecida pelo legislador a respeito da audiência de conciliação ou mediação no contexto dos procedimentos especiais

Se a inserção da mediação e da conciliação no procedimento comum foi um desafio trabalhoso para o legislador, não menos espinhoso é o terreno em se considerando o desafio presente no trato de tais fenômenos no contexto dos procedimentos especiais. Diversas foram as orientações adotadas, e diversas são as explicações para as referidas escolhas legislativas.

Uma primeira ponderação é a que envolve a opção do legislador por expressamente estabelecer, em alguns procedimentos especiais regulados pelo novo Código de Processo Civil, que o réu será citado para apresentar contestação. Essa é a situação vislumbrada, por exemplo, na ação de exigir contas (art. 550), nas ações possessórias de força nova (art. 564), na ação de demarcação de terras (art. 577) e na ação de dissolução parcial de sociedade (art. 601). Em situações como as acima apresentadas, impõe-se investigar, em primeiro lugar, qual seria a razão para o legislador expressamente mencionar fórmula diversa daquela prevista no art. 334 do Código de Processo Civil para o procedimento comum. Da mesma forma, é legítima a indagação, ainda, no sentido de saber se a existência de previsão legal expressa exclui a possibilidade de o juiz ainda assim designar audiência de conciliação e mediação, modulando o procedimento de modo a fugir do parâmetro legal.

Em alguns casos, ao que parece, o procedimento especial acaba por tratar de questão na qual não se mostra possível cogitar de audiência de conciliação e mediação em função da natureza da questão discutida. É o que se passa na ação de exigir contas, na qual não há espaço para transigir a respeito da prestação ou não de informações pelo

réu ao autor. Mais do que uma definição por critério político[11], a instauração de uma audiência de conciliação ou de mediação acabaria por simplesmente esvaziar o procedimento e o debate na sua essência, equiparando-se qualquer acordo, do ponto de vista lógico, ao reconhecimento parcial da procedência do pedido do autor e à renúncia parcial do autor ao direito sobre o qual se funda a ação, o que não se confunde com a existência de concessões mútuas das partes com vistas à ocorrência de transação.

Semelhante parece ser o caso das ações possessórias de força nova. O rito diferenciado para as ações propostas em menos de ano e dia contados da data do esbulho, da turbação ou da correspondente ameaça guarda íntima relação com o fato de a crise em relação à posse ser continuada ao longo de menor ou maior período. Nas ações de força nova, o legislador pretende outorgar um regime jurídico pautado no acesso à justiça em favor do autor. A persistência do esbulho ou da turbação por mais de ano e dia sinaliza a existência de situações que, salvo na presença de outras razões excepcionais, não reclamam solução urgente e que, mais do que tudo, impõem atenção para a existência de expectativas do réu que passam a se consolidar na medida em que o tempo cada vez mais avança[12]. Nesse sentido, quanto maior o intervalo de tempo entre a data de esbulho ou turbação e a data da propositura da ação, mais se mostra justificada a realização de audiência de mediação.

Outra lógica parece ser a que rege o procedimento na ação de dissolução parcial de sociedade. Nenhuma razão há a justificar a inexistência da audiência de mediação, em especial na medida em que a crise trazida a juízo consiste em impasse que impacta toda uma relação jurídica mantida entre a sociedade empresária contratual e aquele que não mais a integra na condição de sócio. Em tais circunstâncias, defende-se que é possível a realização de audiência de mediação com base não apenas no constante da cláusula geral prevista no art. 3º, § 3º[13], mas, ainda, levando em conta os poderes de

---

[11] Entendendo ser uma "*opção política do legislador, levada a cabo por critérios próprios*", ver MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 3. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 150.

[12] Não é por acaso o alerta de Adroaldo Furtado Fabrício ao anotar, em comentário ao art. 558 do novo Código de Processo Civil, que "*a fixação desse tempo em ano e dia – que nos vem das Ordenações lusitanas, senão de antes – conserva uma tradição multissecular e não tem base principiológica alguma, decorrendo do arbítrio puro do legislador. Em tempos de informação instantânea e agilidade extrema como os de hoje, bem poderia ser reduzido*" (in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR, Fredie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (org.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Op. cit., p. 1449).

[13] Assim também pensam Fernando Sacco Neto, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR, Fredie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (org.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Op. cit., p. 1505 e THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. 50ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 227-228. Sustentando ser necessária a designação de

direção processual atribuídos ao juiz, na forma do art. 139, V, do Código de Processo Civil.

A cláusula geral e o influxo desses mesmos poderes de direção do processo não justifica seja determinada a realização de audiência de conciliação ou mediação no contexto da ação de consignação em pagamento. De se anotar que o silêncio do legislador a respeito da ocorrência ou não da audiência não autoriza a aplicação subsidiária automática do art. 334 do Código de Processo Civil, eis que a natureza do debate impõe cuidados ulteriores. Nos casos em que a consignação é fundada no desconhecimento ou incerteza quanto à pessoa do credor, assim como nos casos em que a ação for proposta em função da recusa prévia do credor em receber a prestação debatida sob o argumento de que o valor a ser pago é insuficiente ao adimplemento, não se vê motivo para que se insista na realização da audiência de conciliação ou mediação.

É inquestionável o compromisso do legislador com o emprego de mediação e conciliação no contexto das ações de família, restando patente no art. 694 do novo Código de Processo Civil que todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia. A inserção de tais meios de autocomposição de litígios pelo legislador deu-se mediante o emprego de uma fórmula digna de elogios e de críticas.

O elogio à fórmula inscrita na novel codificação é devido à flexibilidade do *standard* empregado pelo legislador, que se mostra aberto à existência de múltiplas possibilidades a serem consideradas. No art. 696, a lei dispõe no sentido de que a audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual. Paralelamente a isso, o parágrafo único do art. 694 prevê a atribuição de poderes para o juiz com o fito de autorizar seja determinada a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar. Da mesma forma, o caput do art. 694 consagra, ainda, a necessidade de consideração, pelo juiz, quanto à necessidade de auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

A crítica a ser feita ao trabalho legislativo, por sua vez, tem como endereço o constante do art. 695, § 1º, do novo Código de Processo Civil. De acordo com o referido comando legal, nas ações de família o mandado de citação conterá apenas os

---

prévia audiência de conciliação "*por aplicação subsidiária do procedimento comum*", ver as ponderações de Luiz Fernando Casagrande Pereira, in CUNHA, José Sebastião Fagundes. *Código de Processo Civil Comentado*. Op. cit., p. 891. Embora a conclusão seja correta, tem-se que a premissa não o é, já que a aplicação subsidiária, como técnica, pressupõe o respeito ao texto legal naquilo em que expresso – e, no caso, o legislador é textual ao falar que "*os sócios e a sociedade serão citados para (...) apresentar contestação*".

dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial. Na doutrina já é possível encontrar vozes sustentando o acerto do legislador, sob o argumento de que a ausência da cópia da petição inicial faria com que a parte comparecesse à audiência com o espírito mais predisposto à autocomposição[14].

A fragilidade dessa construção, contudo, é mais do que evidente. Em primeiro lugar, o alerta constante da parte final do mesmo art. 695, § 1º, do Código de Processo Civil, no sentido de ser assegurado ao réu o direito de examinar seu o conteúdo da petição inicial (e, registre-se, de qualquer informação constante dos autos!) a qualquer tempo não só é redundante, mas serve como indicativo para a conduta prudente a ser adotada por todo aquele que se insere em um debate processual, o que mostra que a regra, da forma como formatada, tende a ser de pouca aplicabilidade prática[15]. É pouco provável que as partes que sejam tomadas pelo sentimento de envolvimento em uma relação que clama por reconfiguração em função da existência de conflitos deixem de buscar subsídios a respeito do tema objeto da audiência.

Não se há de justificar a providência prevista no art. 695, § 1º sob o argumento de prevenir a exposição da intimidade das partes perante terceiros ou perante os auxiliares do juiz, como o oficial de justiça[16]. Em primeiro lugar, há que se considerar que a ferramenta prevista com vistas a tal desiderato é a tramitação em segredo de justiça, muitas vezes já associada a tais demandas, a teor do constante do art. 189, II, do próprio Código de Processo Civil. De outro lado, é ilegítima a preocupação com a exposição de informações de processos perante os servidores que se colocam a serviço do juiz, já que a estes toca o dever de observância a todo um regramento que contempla, para o bom exercício de suas funções, a proibição de manuseio e utilização de tais informações para além da função por eles exercida.

Sem prejuízo de tudo o quanto acima exposto, impõe-se consignar, ainda, que é inadmissível que se queira pretender levar a cabo audiências de conciliação e mediação às quais uma das partes compareça sem maiores informações a respeito do objeto do debate, ainda mais em se considerando a vulnerabilidade própria de boa parte

---

[14] Essa parece ser a posição de Ivanise Tratz Martins, in CUNHA, José Sebastião Fagundes. *Código de Processo Civil Comentado*. Op. cit.,. p. 970; de Claudio Cintra Zarif, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR, Fredie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (org.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Op. cit.,. p. 1602; e de THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. Op.cit.,. p. 373.

[15] Assim também pensa MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. Op. cit.,. p. 804.

[16] Essa preocupação pode ser vista em AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às Alterações do Novo CPC*. Op. cit.,. p. 751.

dos sujeitos inseridos nas relações de família. Em um tal contexto, legitimar a realização de audiências de conciliação ou de mediação em um contexto no qual apenas a parte autora sabe exatamente qual o conflito que se coloca como ponto de partida do debate pode servir como ferramenta a acentuar ainda mais a assimetria que possa preexistir na comparação entre os litigantes.

Aponte-se, ainda, que se o que se tomar como sendo o espírito da lei for incentivar que as partes compareçam com menor volume de subsídios a respeito do conteúdo do conflito a ser dirimido como forma de desarmar os seus respectivos espíritos, essa fórmula, por mais que tenha sido pensada de maneira bem intencionada, é, no mínimo, paradoxal. A construção de um consenso com o fito de solucionar uma questão cujos termos sequer restaram claros para as partes equivale a impor às partes o dever de desempenhar um trabalho sem sequer saber a razão de ser da sua existência. Uma solução construída em um tal contexto certamente padece de um considerável déficit de legitimidade, gerando-se um comando no qual não se vê a plenitude daquele qualificativo que se espera presente como meio capaz de garantir a adesão espontânea aos termos do quanto definido voluntariamente pelos litigantes.

Como se vê, a quebra de simetria entre as partes em tal contexto[17] não só é medida contrária ao constante do art. 2º, II, da Lei nº 13.140/2015 (previsto para fins de regulação da mediação, mas inegavelmente aplicável também no âmbito da conciliação), mas pode ainda ser lida como atentatória a todo o arcabouço próprio da autocomposição de litígios. Nesse sentido, tem-se que há um verdadeiro atentado a parâmetros elementares que devem ser obrigatoriamente observados no contexto da mediação e da conciliação, em especial no que se refere ao princípio da decisão informada (art. 166, caput, do novo Código de Processo Civil e art. 1º, II, do Anexo III da Resolução CNJ nº 125/2010) e à obediência às regras da informação e da autonomia da vontade (art. 2º, V, da Lei nº 13.140/2015 e art. 2º, I e II, do Anexo III da Resolução CNJ nº 125/2010).

4. Considerações conclusivas.

Os desafios referentes à efetividade dos direitos fundamentais já ocupam espaço considerável em termos de preocupação em se considerando a forma como eles se inserem no contexto constitucional, com todas as reflexões sobre as possibilidades de

[17] Referindo a existência de violação ao princípio da isonomia, ver as considerações de Letícia Ferrarini, in VV.AA. Novo Código de Processo Civil Anotado – OAB/RS. Porto Alegre: OAB/RS, 2015. p. 466.

construção de restrições consideradas juridicamente toleráveis. Das observações antes expostas, vê-se que a introdução de novos componentes no âmbito legislativo pode interferir sobremaneira na forma como se dá a densificação do significado desses mesmos direitos fundamentais.

O risco a ser considerado como decorrente da introdução de comandos legais pretensamente comprometidos com o interesse em regulamentar o alcance de direitos fundamentais é enorme, pois os prejuízos decorrentes desse trabalho vem acobertado pela aparência da legalidade. A consciência quanto à existência de um bloco de juridicidade no âmbito dos direitos fundamentais processuais é a forma pela qual se permite combater as ameaças a tais direitos que sejam projetadas de maneira silenciosa e mascarada pelo legislador. O papel da lei, no contexto da atividade jurisdicional, é não só o de garantir segurança jurídica aos sujeitos do processo a respeito das normas a serem observadas no debate do qual resultará a decisão a ser por eles observada no caso concreto, mas também o de servir como escolha política eficiente em um contexto no qual cada vez mais se vê uma sociedade exigente em termos de demanda por justiça.

A adequação do procedimento em função do novo paradigma abraçado pelo legislador em sede de autocomposição de litígios é exigência que se impõe ao Estado, o qual, ao atender a tal demanda, não está trabalhando para além dos compromissos mínimos assumidos no texto constitucional. Ao contrário, o que se vê é a ressignificação do acesso à justiça, que passa a ser visto como uma pauta que demanda prestações positivas que rompam com o paradigma da decisão judicial como única válvula de escape a ser considerada por aqueles que buscam tutela efetiva de direitos. O novo paradigma a ser considerado nessa ressignificação, por sua vez, compreende não só o redesenho da atuação do juiz e das partes, mas também a necessidade de atenção redobrada do legislador para a consciência social a respeito de razões que impõem o repensar da forma como o homem contemporâneo pode interagir com seus pares com vistas à construção de um padrão cultural mais sofisticado no que tange aos meios de que dispõe para construir a tão desejada justiça.

6. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Comentários às Alterações do Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*. Cidade do México: UNAM, 2000.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 17ª edição. Salvador: Editora Jus Podium, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, DELLORE, Luiz, ROQUE, André Vasconcelos e OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte. *Teoria Geral do Processo. Comentários ao CPC de 2015. Parte Geral*. São Paulo: Método, 2015.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Vol. II. 3ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 2. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 3. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RASCOWSKI, Luiz. Apontamentos sobre o novo Código de Processo Civil. Revista dos Tribunais, 958 (2015): 363-386.

REZENDE, Renato Horta. *O novo Código de Processo Civil voltado para a resolução de conflitos: mudança de paradigma?*. Revista dos Tribunais, vol. 965 (2016): 75-97.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. 50ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VV.AA. Novo Código de Processo Civil Anotado – OAB/RS. Porto Alegre: OAB/RS, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, DIDIER JR, Fredie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (org.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.