

**EXISTE POSSIBILIDADE DE ACORDO NO NOVO CPC?**

## Irapuã Santana do Nascimento da Silva\*

**Resumo:** Para que seja celebrado um acordo justo, é imprescindível a existência de paridade de armas. Se não existir a igualdade material, mister se faz assegurá-la na sua perspectiva processual: cabe ao juiz equilibrar a relação jurídica *in concreto*, sob pena de afronta ao princípio da imparcialidade. Desta maneira, o presente artigo tem por objetivo analisar a mudança de momento da audiência de conciliação, que deixa de ser após a fase postulatória e passa a ser fixada no momento da propositura da ação, à luz do Novo Código de Processo Civil, lei n. 13.105/2015, apontando aspectos importantes desta alteração no que tange aos acordos celebrados nessa ocasião.

**Palavras-chave:** código; novo; audiência.

### 1 Introdução

O presente trabalho pretende analisar a modificação do momento em que a audiência de conciliação é realizada, que deixa de ser após a fase postulatória e passa a ser logo após o recebimento da petição inicial.

Em tempos de reforma processual, muito se discute sobre a melhor forma de otimizar a atuação do poder jurisdicional de maneira a propiciar à população um serviço satisfatório do ponto de vista da tutela adequada e efetiva num decurso de tempo razoável de acordo com os anseios da sociedade.

A professora Ada Pellegrini Grinover, em uma palestra sobre controle judicial das políticas públicas, propõe um novo alcance do Art. 5º, XXXV da Constituição Federal (BRASIL, 1988) ao expor a necessidade de que o acesso à Justiça deve ser de uma tutela adequada, imbricando diretamente com o princípio da efetividade e devido processo legal.

.....  
\* Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Assessor do ministro Luiz Fux no Supremo Tribunal Federal (STF), procurador do Município de Mauá-SP, consultor voluntário da Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (Educafro) e professor da pós-graduação do Centro de Ensino Unificado de Brasília (UnICEUB).

Nesse sentido, cabe ressaltar o ensinamento do eminente professor Cândido Rangel Dinamarco (2005), quando afirma que a jurisdição é um poder, uma função e uma atividade ao mesmo tempo. O primeiro aspecto apontado pelo autor é o poder de decidir imperativamente e impor tais decisões aos jurisdicionados dos casos levados até ele para seu julgamento. O segundo ponto é a função de promover a pacificação dos conflitos por meio do processo. Por último, resta a atividade, pois ocorre um complexo de atos promovidos pelo juiz no processo.

Sob a perspectiva da pacificação social, mesmo não sendo a última finalidade do processo, mas um dos escopos do Estado, no sentido de atender as necessidades de seu povo, é preciso disponibilizar amplo acesso aos meios de resolução de eventuais conflitos que possam surgir, concretizando, assim, o princípio do amplo acesso à justiça.

Um trabalho clássico sobre o tema é do eminente processualista Mauro Cappelletti (1978), o qual propôs ondas renovatórias a fim de alargar a incidência do princípio, que é também previsto constitucionalmente no ordenamento nacional.

Hoje não resta a menor dúvida de que a mediação se insere num contexto de auxílio à resolução de conflitos, sendo aceita por grande parte da doutrina e jurisprudência como uma forma de jurisdição.

Entretanto, além de prever as formas como a jurisdição será prestada, é preciso também se preocupar com os meios pelos quais essas diversas formas de jurisdição serão efetivadas.

No âmbito específico da mediação, essa questão também não pode ser deixada de lado.

## **2 Aplicabilidades da mediação/conciliação**

A mediação deve sempre ser objetivada, até mesmo para fins de otimização do tempo que se leva para a resolução de um conflito. Porém, há certos critérios para sua execução, tanto de forma efetiva quanto de forma legítima.

A imposição de uma decisão vai resolver o conflito imediato, mas o juiz deve se preocupar também com os efeitos que essa decisão cria (GRINOVER, 2013). Isso quer dizer que uma decisão que obriga as partes a prestar determinados deveres imporá sempre a existência de uma zona de tensão na relação jurídica, o que é absolutamente nocivo à sua continuidade.

Por esse motivo, uma solução que emane das próprias partes diretamente interessadas na relação jurídica que foi levada a juízo é muito mais benéfica, visto que ambas sairiam satisfeitas do litígio.

A mediação visa estabelecer um diálogo com as partes e entre as partes, saindo do modelo adversarial de maneira a possibilitar um desfecho que seja minimamente razoável e efetivo para quem detém o direito e para quem deva realizar a respectiva prestação.

Nesse sentido, a reflexão do professor Owen Fiss aponta uma característica muito interessante sobre a efetividade da mediação, que influencia de melhor maneira e deve ser vivamente incentivada em relações jurídicas de ordem continuada.

Assim, somente por meio do diálogo amplamente arraigado do princípio da boa-fé objetiva é que nasce a legitimidade da utilização da mediação para a resolução de conflitos em nossa sociedade.

Uma consequência lógica do princípio da boa-fé, como requisito necessário para uma boa execução de mediação, é a imprescindibilidade da existência concreta do princípio da igualdade.

Não seria forçoso afirmar que inexistiria negociação justa sem que as partes estejam em razoáveis condições de igualdade. Caso não haja equilíbrio na relação jurídica, não haverá mediação, mas sim o uso da força pela parte que tiver mais condições para conseguir uma solução amplamente vantajosa no processo.

Com base do panorama brevemente apresentado, cumpre destacar, numa análise superficialmente pormenorizada, que não será estabelecida diferença semântica entre os institutos da conciliação e da mediação por dois motivos: não há unanimidade com relação a suas definições, chegando a ponto de alguns autores nacionais tratá-los como sinônimos (PIRES, 2002) e porque o objeto do presente estudo busca a análise externa de ambos os institutos, sendo indiferente uma separação entre eles.

A mediação e a conciliação são grandes alternativas para a problemática da atividade judiciária que assola há muito tempo os ordenamentos jurídicos existentes pelo mundo no concernente à superlitigância e ao emperramento da máquina.

Desta forma, a mediação passou a ser objetivada sempre que possível, até mesmo para fins de otimização do tempo que se leva para a resolução de um conflito. No entanto, há certos critérios para sua execução, tanto de forma efetiva quanto de forma legítima. Neste sentido, a exposição ora apresentada tem a finalidade de traçar as linhas gerais do objeto de estudo do presente trabalho, de forma a ventilar algumas provocações reflexivas acerca do tema.

Uma das primeiras características da mediação é a sua voluntariedade. Portanto, sua realização deve ser incentivada e de maneira alguma imposta. Entretanto, os sistemas contemporâneos (principalmente do romano-germânico) estão caminhando na contramão desse posicionamento, instituindo a mediação obrigatória para impor um filtro ao acesso à Justiça, tendo como um dos argumentos o fato de que não há princípios absolutos. Contudo, o problema de obstar o acesso à Justiça é o esvaziamento do próprio direito a ser resguardado, tendo em vista que, sem a possibilidade ou mecanismos adequados e efetivos de sua exigência, acaba-se na situação de sua não existência concreta.<sup>1</sup>

É possível citar a Itália como exemplo, pois uma lei de seu ordenamento que determinava a tentativa de mediação como condição de procedibilidade foi julgada

<sup>1</sup> Nicola Picardi, em sua obra *Jurisdição e processo* (2008), ressalta a função garantidora da jurisdição que tem como característica a possibilidade de assegurar a dedução de um direito pelo jurisdicionado como forma de proteção e efetividade da Carta Constitucional.

inconstitucional – mas tão somente pelo critério formal – porque a espécie utilizada não era adequada para tal finalidade.<sup>2</sup> Para sanar tal vício e permanecer com o mesmo direcionamento, recentemente foi editada uma nova lei, retificando o vício formal anteriormente apontado pela Corte Constitucional italiana, que expôs a necessidade da previsão da matéria em um Decreto Executivo, que aguarda aprovação do parlamento<sup>3</sup>.

Aqui no Brasil, há o exemplo das famosas Comissões de Conciliação Prévia na Justiça do Trabalho, que foram julgadas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no ADI 2160, em 2009.<sup>4</sup>

Interessante notar, todavia, que existe uma espécie de conciliação obrigatória no sistema brasileiro sobre a qual não há discussão: as audiências previstas na lei n. 9099/95, nas quais a ausência do réu em qualquer uma das duas legalmente previstas importa necessariamente sua revelia; para o credor, por outro lado, o não comparecimento gera a contumácia, mesmo que sua falta ocorra por motivo justificado, sendo importante observar que a justificativa tem a estrita consequência de desincumbir, a partir da discricionariedade do magistrado, a obrigatoriedade do pagamento das custas e taxas judiciárias do processo, que por sua vez inexitem na gigantesca maioria dos casos<sup>5</sup>.

Voltando à hipótese de relação continuada mencionada anteriormente, cabe destacar que a imposição de uma decisão, por certo, irá dizer o direito pertinente, mas a resolução do conflito, mesmo que de imediato, não ocorrerá necessariamente,

<sup>2</sup> Decisão da Corte Constitucional da Itália: *“La fattispecie qui in esame è, invece, diversa: a parte la differenza di contesto, essa delinea un istituto a carattere generale, destinato ad operare per un numero consistente di controversie, in relazione alle quali, però, alla stregua delle considerazioni sopra svolte, il carattere dell’obbligatorietà per la mediazione non trova alcun ancoraggio nella legge delega. Né varrebbe addurre che l’ordinamento conosce varie procedure obbligatorie di conciliazione, trattandosi di procedimenti specifici, per singoli settori, in relazione ai quali nessun rapporto di derivazione è configurabile in riferimento all’istituto in esame. Infine, quanto alla finalità ispiratrice del detto istituto, consistente nell’esigenza di individuare misure alternative per la definizione delle controversie civili e commerciali, anche al fine di ridurre il contenzioso gravante sui giudici professionali, va rilevato che il carattere obbligatorio della mediazione non è intrinseco alla sua ratio, come agevolmente si desume dalla previsione di altri moduli procedurali (facoltativi o disposti su invito del giudice), del pari ritenuti idonei a perseguire effetti deflattivi e quindi volti a semplificare e migliorare l’accesso alla giustizia.*

*In definitiva, alla stregua delle considerazioni fin qui esposte, deve essere dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 28 del 2010, per violazione degli artt. 76 e 77 Cost. La declaratoria deve essere estesa all’intero comma 1, perché gli ultimire periodi sono strettamente collegati a quelli precedenti (oggetto delle censure), sicché resterebbero privi di significato a seguito della caducazione di questi.”* Íntegra disponível em: <[http://www.ordineavvocaltireviso.it/sito/images/stories/2.DISPOSITIVOC\\_COST.272-12.pdf](http://www.ordineavvocaltireviso.it/sito/images/stories/2.DISPOSITIVOC_COST.272-12.pdf)>.

<sup>3</sup> Informação amplamente divulgada na imprensa e comunidade jurídica italianas. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?id-not=63374>>. Importante salientar que a classe dos advogados exerce enorme pressão para o parlamento não aprovar, por receio de perda de mercado.

<sup>4</sup> Decisão Supremo Tribunal Federal: “Por reputar caracterizada, em princípio, a ofensa ao princípio do livre acesso ao Judiciário (CF, Art. 5º, XXXV), o Tribunal, por maioria, deferiu parcialmente medidas cautelares em duas ações diretas de inconstitucionalidade – ajuizadas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio – CNTC e pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B, pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, pelo Partido dos Trabalhadores – PT e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT – para dar interpretação conforme a Constituição Federal relativamente ao Art. 625-D, introduzido pelo Art. 1º da Lei 9.958/2000 – que determina a submissão das demandas trabalhistas à Comissão de Conciliação Prévia – a fim de afastar o sentido da obrigatoriedade dessa submissão – v. Informáticos 195 e 476. Vencidos os Ministros Octavio Gallotti, relator, e Cezar Peluso, que indeferiam a liminar. ADI 2160 MC/DF, rel. orig. Min. Octávio Gallotti, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, 13.5.2009.” (ADI-2160)

<sup>5</sup> Lei n. 9.099/95 – “Art. 20. Não comparecendo o demandado à sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do Juiz. [...] Art. 51. Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei:

I – quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo;

§ 2º No caso do inciso I deste artigo, quando comprovar que a ausência decorre de força maior, a parte poderá ser isentada, pelo Juiz, do pagamento das custas.”

pois as partes podem simplesmente não concordar com a solução internalizada na relação pelo Estado. É por esse motivo que o juiz deve se preocupar também com os efeitos que sua decisão cria (GRINOVER, 2013). Nesta esteira, revela-se que a adjudicação imporá, por muitas vezes, a existência de uma zona de tensão na relação jurídica, o que é absolutamente nocivo à sua continuidade.

Por esse motivo, uma solução que emane das próprias partes diretamente interessadas na relação jurídica que foi levada a juízo é muito mais benéfica, visto que ambas, *prima facie*, sairiam satisfeitas do litígio.

Daí surge a plena aplicabilidade da mediação, que visa o estabelecimento de um diálogo com as partes e entre elas, escapando do modelo adversarial de maneira a possibilitar um desfecho que seja minimamente razoável e efetivo para quem detém o direito e para quem deva realizar a respectiva prestação.

Assim, é oportuno afirmar que, por meio do diálogo amplamente arraigado do princípio da boa-fé objetiva, nasce a legitimidade do uso da mediação para a resolução de conflitos em nossa sociedade.

Como outro ponto de ligação com o qual se comunica todo esse sistema, a boa-fé incide no instituto, haja vista as realizações de concessões, negociações, propostas e contrapropostas, no processo de acordo, que somente serão possíveis com a existência da confiança tanto no órgão mediador quanto na parte contrária.

### 3 Das barreiras da negociação

Contudo, encontram-se algumas barreiras para a efetivação da negociação, as quais podem ser classificadas como pessoais, as impostas pelos que estão diretamente envolvidos num processo de negociação, ou institucionais, quando advêm de entidades ou grupos políticos e sociais organizados, que se referem à falta de confiança em outras figuras que não o juiz, falta de informação acerca da matéria e a sua respectiva falta de sistematização bem estruturada (PINHO, 2007).

No que tange especificamente às barreiras pessoais, ocorre uma subclassificação, sendo a primeira delas circunscrita à estratégia, que está embasada na barganha na qual cada um dos litigantes quer maximizar os seus ganhos e diminuir os benefícios do outro. A segunda é a utilização de um preposto para negociar em nome do titular do direito, o que dificulta a comunicação, pois fica evidenciada a impossibilidade de perceber a real intenção da parte. A terceira é a cognitiva, ligada à capacidade das pessoas de processar informações e lidar com riscos e incertezas. A quarta consiste na tendência, quase automática, de as pessoas rejeitarem propostas feitas pela outra parte, mesmo que lhes pareçam satisfatórias, por pura desconfiança (PINHO, 2007).

Outro trabalho importantíssimo a respeito do tema em voga é do professor Roger Fisher, de Harvard, que ensina como uma boa negociação deve ser feita, por meio de quatro parâmetros essenciais: 1. separar a pessoa do problema; 2. concentrar-se no interesse final e não somente tentar marcar uma posição; 3. observar/criar

uma variedade de possibilidades; e 4. fixar o resultado com algum padrão objetivo (FISHER, 2005).

#### 4 Princípio da igualdade

Transportando para o caso em questão, é preciso repisar a necessidade de que as partes tenham plena consciência de tudo o que pode acontecer quando do momento das tratativas para celebração do acordo, revelando-se também neste sentido a igualdade negocial, concentrando-se no interesse final, para obter um grau relevante de previsibilidade de atingir um resultado por meio de um padrão objetivo.

José Carlos Barbosa Moreira (2007) já alertava, há muito tempo, que a paridade de armas deve ser assegurada a qualquer custo no curso do processo. Desta maneira, o uso *ex officio* de poderes de instrução pelo juiz não desequilibra a balança da Justiça: ao contrário, pode concorrer, e com frequência concorre, para equilibrá-la.

Recorde-se, nesta esteira, que o órgão judicial não deve ser indiferente ao resultado do processo. O juiz consciente de sua missão, que é fazer justiça, necessariamente quer vencedor o litigante que tem o melhor direito, não o que tem mais recursos ou o melhor advogado (MOREIRA, 2007).

Atribuir ao órgão judicial as faculdades indispensáveis para conduzir o processo a um resultado justo de maneira alguma é um sinal de autoritarismo. Afirmar que a ingerência do juiz no processo para equilibrar a relação é ratificar sua imparcialidade, enquanto fechar os olhos para tal situação é que incorreria numa omissão cruel.

Ora, se durante o processo há instrumentos que possibilitem ao julgador equilibrar a relação processual, na mediação esses mesmos mecanismos não devem ser olvidados, mesmo havendo um caráter mais célere e rarefeito quando se tem como comparação um ato complexo (mediação) e o processo como um conjunto de atos (simples e complexos) sobre os quais incidem sobremaneira os princípios constitucionais.

Entretanto, por diversos motivos expostos a seguir, de natureza extraprocessual, as garantias que devem servir de parâmetros de atuação das partes e executadas pelo órgão jurisdicional não são cumpridas.

#### 5 Política de mediação/conciliação

A mediação surge como uma via alternativa ao processo judicial. Sob esse manto de discurso, diante da situação em que se encontra a política judiciária nacional, torna-se imperioso encontrar uma solução para a superlotação de processos que ocorre atualmente.

Então, inicia-se uma corrida desgovernada para exterminar o problema, pois quanto maior o número de processos no Poder Judiciário, maior a lentidão de seu processamento, maior a demora do advento da decisão final – e isso sem mencionar

o tempo que levará até o trânsito em julgado e o recebimento (ou não) do bem jurídico pretendido na inicial.

Uma solução simplista para um problema muito complexo! Não se pode incentivar a mediação com o fito de ajudar a incinerar os processos judiciais. O professor Leonardo Greco (2013) faz uma alegoria interessante sobre o tema, afirmando ser o mesmo caso descabido de um hospital realizar reformas no interesse exclusivo dos médicos e não dos doentes e querer que haja diminuição da entrada dos enfermos. Não atingindo o cerne da questão, nunca será resolvido o problema da superlotação processual.

A mediação, conforme já foi exposto, deve ser feita no interesse das partes, de forma a haver maior efetividade da tutela do bem que foi objeto da pretensão, possibilitando o cumprimento da finalidade sociológica. Todavia, ao se inverter a ordem de prioridades, é gerada discrepância em todos os atos subsequentes.

Em outras palavras, ao se estabelecer uma política de incentivo à mediação para a satisfação tão somente do Poder Público, o instituto já está maculado desde sua origem, gerando, na maior parte das vezes, prejuízo para o próprio jurisdicionado.

No Brasil, já se tornou muito comum a campanha nacional da mediação, as semanas da mediação, inúmeras propagandas com o *slogan* “Conciliar é legal”. Nos Juizados Especiais Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ocorrem mutirões de audiências de conciliação, nos quais vários conciliadores e juízes leigos ficam em mesas dispostas em fileiras, realizando centenas de audiências durante o dia.

Não se pode defender que essas práticas realizadas aos montes e desordenadamente sejam em favor das partes, porque não estão presentes quaisquer dos princípios e garantias processuais previstos na nossa Constituição. Um processo que é resolvido sem preocupação formal alguma, às pressas, é um processo ruim.

O princípio da celeridade não pode imprimir uma velocidade tal que literalmente atropеле todos os outros princípios constitucionais. A celeridade não está, como se verá mais adiante, sequer em favor do autor, e sim do cumprimento de metas estabelecidas pelos próprios tribunais.

O princípio da eficiência e da duração razoável do processo, tão em voga atualmente, são desvirtuados diariamente por um interesse meramente político com o objetivo de demonstrar à população que o Poder Judiciário está trabalhando, proferindo milhões de decisões por ano.

O desembargador Alexandre Câmara (2013) alerta que essa má interpretação de princípios leva a decisões de baixa qualidade, pelo fato de ser humanamente impossível responder de maneira adequada a quantidade de ações que ingressam no Judiciário todos os anos, e assevera que o princípio da eficiência impõe que os jurisdicionados sejam contemplados com decisões de qualidade num prazo razoável, sendo que tal prazo não deve durar nem um dia a mais do que deveria; entretanto, e mais importante, também não deve durar nem um dia a menos do que deveria.



O contraditório participativo, a oralidade, a razoabilidade e a motivação sempre devem estar presentes no processo. Esses princípios funcionam como garantias de ambas as partes da demanda. Com isso surge a indagação: com uma audiência marcada a cada cinco minutos, qual princípio garantidor do devido processo legal está presente nesses eventos?

Os demandantes não dialogam suficientemente; tampouco o mediador, que está preocupado com a próxima audiência e com o cumprimento da meta estabelecida para o dia.

Sendo assim, inexistente um limite que garanta a efetivação desses princípios que resguardam o processo e que dão legitimidade à atuação do Poder Judiciário.

Cabe também realizar uma análise legislativa nesse aspecto. Para tanto, interessa recorrer ao texto do atual CPC, que disciplina a matéria apresentando o procedimento ordinário com a petição inicial, as espécies de resposta, chegando, logo após, ao capítulo do Julgamento Conforme o Estado do Processo. Neste momento há a previsão de extinção do processo, nos termos dos Arts. 267 e 269, passando pelo Julgamento Antecipado da lide e, se não for o caso de qualquer destas hipóteses, o CPC determina que, versando a lide sobre direitos disponíveis, o juiz marcará audiência preliminar, a qual tem por escopo a obtenção da transação (Art. 331 do CPC<sup>6</sup>). Tal objetivo é extraído de uma interpretação *a contrario sensu* do §3º do mesmo dispositivo ora analisado, pois caso se trate de um litígio que verse sobre direito indisponível, ou se não houver possibilidade de acordo, sequer ocorrerá a audiência.

Portanto, é uma medida que se toma por benéfica, visto que o caso estará minimamente desenhado de forma a possibilitar às partes prever a viabilidade da realização de uma transação, quando se observa que as partes apresentaram todos os argumentos de fato e de direito que detinham em seu favor.

No entanto, adotando os moldes existentes nos Juizados Especiais, o novo CPC (BRASIL, 2015) transferiu o momento dessa audiência para antes da apresentação de uma resposta do réu:

**Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.**

§ 4º A audiência não será realizada:

<sup>6</sup> Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º Oblida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença.

§ 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

§ 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º.

I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II – no processo em que não se admita a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu, por petição, apresentada com dez dias de antecedência, contados da data da audiência.

Art. 335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, **cujo termo inicial será a data:**

I – **da audiência de conciliação** ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição;

II – **do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação** apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do Art. 334, § 4º, inciso I; (grifos nossos)

Tal proposta de modificação se deu, basicamente, por força dos princípios da celeridade e efetividade, que balizam todo o procedimento do novo CPC. Entretanto, como se verá adiante, infelizmente, esta transposição para realização anterior à contestação, visando à concretude dos princípios mencionados anteriormente, acaba por inviabilizá-los por dois motivos: não observância do princípio da igualdade e dificuldade de negociação.

Nos Estados Unidos, o *adversary system* para a colheita de provas ocorre na *pre-trial*, ou seja, antes do ingresso com uma ação no Judiciário, no momento em que se prepara a demanda, há a colheita de provas. Temos então uma fase pré-processual em que as partes já produziram as provas e deram plena ciência à outra dos argumentos e provas que possuem pró e contra.

Então, após o término desta produção probatória pré-processual é que geralmente ocorrem os famosos acordos, na grande maioria dos casos, que não chegam a ingressar no Judiciário, pois há um grau de previsibilidade muito grande do que pode ocorrer, auxiliando de maneira muito eficaz a forma como se procederá a negociação.

Ao suplantar uma etapa importantíssima do processo, qual seja a resposta, estar-se-ia retirando do autor a possibilidade de obter um grau maior de conhecimento acerca da sua lide e, conseqüentemente, da negociação, inviabilizando-a e podendo ser prejudicial para ambos, visto que, conforme o argumento e as provas trazidos pelo réu, ele poderia ter uma margem de negociação mais abrangente, ajudando todo o procedimento.

Desta forma, a relação entre autor e réu continua desequilibrada, haja vista que o réu terá mais informações do que o autor e, ao se pensar em uma relação que materialmente já é desigual por conta de maior aparato técnico, jurídico ou econômico do réu, por exemplo, esta situação fica muito difícil de superar *in concreto*.

Destarte, posicionar a audiência após análise da inicial, com o objetivo de tentar desde logo obter um acordo para encerrar o processo, gerará, em regra, o seu atraso ou o esvaziamento da norma, funcionando como uma espécie do que se poderia denominar barreira legal, pois, ou as partes comparecem e não celebram acordo, ou informam que não possuem interesse na realização da audiência, ou, em um quadro recorrente do Juizado Especial e do procedimento sumário, conforme se verificará a seguir, celebram um acordo viciado, não atingindo qualquer finalidade do processo ou princípio constitucional.

Sendo assim, não havendo nenhum princípio constitucional incidindo em um ato processual, ele é passível de declaração de nulidade? Havendo decisão favorável ao autor da ação proposta, persistiria interesse de agir em eventual ação anulatória por ele proposta? Quais os limites da instrumentalidade das formas?

Essas são apenas algumas entre tantas questões a que responder ou pelo menos indicadas como casos sobre os quais refletir de maneira minuciosa.

## 6 Vícios de vontade

O problema de inverter o interesse na implementação de uma instituição é exatamente desvirtuá-lo e, por conseguinte, gerar prejuízos aos que se utilizaram dele.

No momento em que não são observados os requisitos mínimos para a realização de um ato processual, quando realizado, ele será nulo, a menos que se atinja a sua função e que não traga prejuízo a outrem.

Pois bem, em vez de incentivar, o Poder Público força o jurisdicionado a realizar o acordo e, mesmo o autor auferindo algum rendimento da transação realizada, é da natureza desse ato negocial a concessão do que pretendia receber, traduzindo-se, por conseguinte, em causa de prejuízo ao particular, sob o argumento de uma resposta célere escolhida racional e livremente.

Tal afirmativa não poderia ser mais reprovável, quando esta pressão exercida pelo Poder Público é feita de maneira omissiva, principalmente quando se observa que grande parte das ações que tramitam no nosso país é em face dos órgãos da Administração Pública e, nos Juizados Especiais, de particulares em face de sociedades empresárias de grande porte (Conselho Nacional de Justiça, 2011).

O particular que litiga com grandes sociedades empresárias ou com a Fazenda Pública está em nítida desvantagem, e a “inversão do ônus da prova” ou a “responsabilidade objetiva” não são o bastante para equilibrar tal calvário.

Ao propor uma ação nessas hipóteses, o indivíduo tem plena ciência de que haverá uma série de obstáculos à sua vida normal que durará por anos até o eventual recebimento do que lhe é devido, consoante uma solução que é meramente passageira, visto que os réus manterão inalteradas suas atividades de forma desidiosa.

Dessa forma, ao deparar com a opção de mediação judicial, o indivíduo recai numa das hipóteses de vício de vontade, visto que se não aceitar, teme, inclusive, a

improcedência da ação, acabando por aceitar o que lhe é oferecido, pois é melhor um mau acordo do que uma péssima solução de advento muito posterior.

Essa situação é extremamente vantajosa para os empresários e a Fazenda Pública, sendo encampada pelo Poder Judiciário, que deveria repeli-la completamente, visto que a igualdade por meio da paridade de armas é claramente inexistente.

Owen Fiss (1985) ensina, analisando o sistema americano – e neste passo há grande semelhança com o ordenamento pátrio –, que o acordo é também realizado em função dos recursos disponíveis para cada uma das partes para financiar o litígio e que estes recursos são frequentemente distribuídos de forma desigual.

O doutrinador segue indicando, corroborando todo o exposto até o momento em que essa disparidade pode afetar a mediação de três maneiras. Primeira, a parte mais pobre pode ser menos capaz de acumular e analisar as informações necessárias para prever o resultado do litígio e, assim, fica em desvantagem no processo de negociação.

Segunda, a parte pode precisar da indenização que pretende imediatamente e, por este motivo, ser induzida a transacionar como uma forma de acelerar o pagamento, mesmo que tenha consciência de que receberá menos agora do que poderia caso aguardasse o julgamento. É claro que todo autor de uma demanda quer sua imediata reparação, mas um autor mais carente pode ser explorado por um réu rico, porque sua necessidade é tão grande que o réu pode forçá-lo a aceitar uma soma que é menor do que o valor que seria concedido normalmente no julgamento.

Terceira – esta mais restrita aos países cujo processo requer uma soma relevante de valores para custear –, a parte mais pobre pode ser forçada a compor porque ela não detém recursos para financiar o litígio, para cobrir tanto as suas próprias despesas projetadas quanto o tempo de seu advogado, ou as despesas que seu adversário pode impor por meio da manipulação de mecanismos processuais. Assim, o acordo que, em tese, beneficia o autor, permitindo-lhe evitar os custos dos processos judiciais, não se verifica no plano fático, pois o réu, diante desse quadro, pode antecipar os custos do requerente e, se o caso for julgado totalmente, diminuir esse montante da sua oferta. O autor menos favorecido torna-se, portanto, vítima dos custos do litígio que ele mesmo instala.

Acompanhando esta lição, encontra-se perfeita identificação no relatório elaborado pela Justiça de Hong Kong, segundo o qual 87% dos processos de indenização pessoal terminavam em acordo (CIVIL JUSTICE REFORM, 2004). Este dado, em um primeiro momento, também parece ótimo, não fosse pelo mesmo motivo apontado por Owen Fiss, ou seja, que, por conta do maior poderio econômico da parte contrária, o mais vulnerável acabava por aceitar um acordo muito aquém do valor que merecia.

Por conseguinte, a existência de um direito se torna meramente teórica, se a sua aplicação leva tanto tempo que o socorro chega tarde demais para ter valor.

Nesse sentido, Lord Woolf (The Right Honourable the Lord Woolf, Master of the Rolls apud WATSON, 1996) indica o atraso como uma fonte adicional de sofrimento para as partes que já sofreram danos, adiando a compensação ou outro recurso a que a parte tenha direito, podendo agravar ou prolongar a lesão original, levando ao colapso das relações e dos negócios. Esse retardamento consciente do passo processual pode também gerar prejuízos quanto à busca da verdade, no que diz respeito às provas, e torna-se muito mais difícil elucidar os fatos, por exemplo, porque memórias se apagam e as testemunhas não podem ser rastreadas. Além disso, o réu, ao ser citado e ter um processo contra si na Justiça, está submetido a efeitos deveras nefastos notoriamente sabidos dos prismas psicológico, financeiro e social; sendo uma pequena empresa, pode perder clientes, ter seu crédito retirado e ver sua imagem ser danificada.

Porém, como bem apontado por Owen Fiss, a mediação tem a mesma função do processo comum, com uma grande diferença de ordem econômica para os cofres públicos. Assim, quando se “estimula” a mediação, ocorre a falsa propaganda de que a Justiça está sendo realizada e ainda se economiza a parte orçamentária, gerando a equivocada aplicação do princípio da eficiência.

Ao não atentar para a quantidade de obstáculos enfrentados pela parte mais fraca, obrigando-a omissivamente a aceitar um acordo manifestamente irrisório, o próprio Judiciário acaba por dar causa à geração de alguma das espécies de vício de vontade previstas no Código Civil<sup>7</sup>.

O eventual acordo que decorra de tal procedimento que não observou os parâmetros aqui explicitados não deveria, em hipótese alguma, ser encorajado pelo Judiciário, porque não atinge o ponto nodal do problema, que é, em geral, a má prestação do serviço. Quando se fixa uma indenização única e exclusivamente voltada às baixas condições do autor, recorrendo a uma tabela estabelecida pelo próprio magistrado, a empresa ou a administração continuarão com os serviços mal aparelhados e defeituosos.

A solução ideal seria interferir diretamente na equação que o empresário ou administrador realiza, com a finalidade de aplicar severas indenizações em ações coletivas eventualmente propostas, bem como o encaminhamento de cópia dos autos à Agência Reguladora competente a fim de tomar providências cabíveis, opinando pela aplicação de uma vultosa multa pelo serviço prestado de forma falha.

Porém, ao não observar estas normas importantíssimas para o bom desempenho na administração da justiça, o Judiciário acaba por gerar prejuízo à parte que lhe pediu socorro e dá ensejo ao surgimento de defeitos do negócio jurídico celebrado em âmbito judicial.

.....  
<sup>7</sup> CC – Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. (BRASIL, 2002).

Por esse motivo, aliado à completa falta de incidência de princípios processuais e constitucionais basilares, é que se defende a possibilidade de ingresso com uma ação anulatória ou ação rescisória para desfazimento do acordo celebrado, seja por meio da mediação ou conciliação ou mesmo extrajudicialmente, visto que o defeito ocorrido sob o manto do poder jurisdicional apenas agrava as condições em que se deram as negociações, haja vista a sensação de segurança e confiabilidade que um ato mais solene emanado do Poder Público passa ao indivíduo.

A última questão interessante que também demonstra o uso da força valendo-se de uma posição mais vantajosa é o caso exposto por Diego Cantoario (2013) ocorrido no Tribunal de Justiça de Minas Gerais sobre conciliação tangente a precatórios. Uma Central de Conciliação de Precatórios foi criada pela Resolução n. 417/2003 do referido tribunal, surgindo com diversas regulamentações. Basicamente, as negociações eram feitas por ordem de entrega dos precatórios para proposta de acordo. Esta fila começava pelo maior deságio em direção ao menor, estando todos cientes de que o orçamento vinculado ao pagamento dos precatórios era restrito.

O cidadão que venceu em juízo obteve o direito reconhecido judicialmente, esperaria por anos para obter seu ressarcimento e deve observar que o seu vizinho abriu mão de parte do crédito para receber no momento. Esse caso é ainda mais gritante de vício de vontade, pois é público que o regime dos precatórios é extremamente deficitário, no que consta ao pagamento de suas dívidas, ainda levando em consideração que a audiência é única e definitiva, agravando muito mais para o credor dos débitos estatais, reduzindo sobremaneira a carga negociativa de que ele poderia dispor.

Quando se observa que é inserida no banco de dados a estatística de 100% de êxito nas conciliações, resta clara a falta de confiabilidade dos percentuais como fonte de parâmetro de qualidade da prestação jurisdicional, conforme verificamos anteriormente no caso de Hong Kong em confronto com as precisas observações de Owen Fiss.

## 7 Conclusão

Destarte, após esses pequenos apontamentos sobre aspectos relevantes dos reflexos da mediação, tão certo quanto se afirmar que se trata de um instrumento de grande potencial na distribuição da Justiça é a constatação de que carece de um tratamento mais qualificado do ponto de vista de sua aplicação por parte do Poder Público, o qual deve investir na formação de magistrados, conciliadores e juízes leigos para que sejam aplicados os princípios constitucionais dentro do processo e na ocasião das audiências, preservando sempre o diálogo entre as partes e as instituições envolvidas de forma ampla, com influência direta e maciça da boa-fé objetiva, estruturando o sistema judiciário dos pontos de vista interno e externo, de forma a alcançar uma resposta adequada aos anseios da sociedade, atingindo os problemas no ponto exato em que surgem.

## IS THERE THE POSSIBILITY OF AGREEMENT ON NEW CPC?

**Abstract:** To celebrate a fair agreement, is essential to the existence of equality. If there is a material equality, it should make effective in its procedural perspective: the judge has to equalize the legal relationship in concrete, under the violation of the principle of impartiality. In this way, the paper aims to examine the changing of the conciliation hearing moment, that move from after defense presentation to be fixed at the time of the its filing, with the advent of the New Civil Procedure Code, law n. 13.105/2015, pointing out important aspects of the amendment with respect to the agreements concluded on this occasion.

**Keywords:** code; new; audience

### Referências

- BRASIL. *Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1973.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. *Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1995.
- BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2160*. Relator(a): Min. Carmen Lúcia. Brasília, DF, 13 de maio de 2009.
- BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil*. Brasília: Congresso nacional, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Falta a data de acesso ao link.
- CÂMARA, A. F. *Processo Civil entre Eficiência e Garantia*. CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, 2013, Rio de Janeiro. *Anais*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013.
- CANTOARIO, D. M. F. Duração razoável: Um mandamento constitucional para a execução por quantia certa contra os entes públicos. In: FUX, L. (Org.). *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 90-130.
- CINTRA, A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, falta o ano
- CIVIL JUSTICE REFORM. *Final Report*. Chief Justice's Working Party on Civil Justice Reform, 2004. Disponível em: <<http://www.legco.gov.hk/yr06-07/english/bc/bc57/papers/bc570611cb-2-1960-e.pdf>>. Acesso em:
- DINAMARCO, C. R. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DINAMARCO, C. R. *Nova era do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FISHER, R.; URY, W. L.; PATTON, B. *Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões*. 2. ed. revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Imago, 2005.
- FISS, O. M. *Against Settlement*. *Faculty Scholarship Series*. Paper 1215, 1984. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1215](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1215)>. Acesso em: jan. 2017.

- FISS, O. M. *Um novo processo civil* – estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FUX, Luiz. *Novo Código de Processo Civil Temático*. 2. ed., São Paulo: Editora Mackenzie, 2016.
- GRECO, L. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2011.
- GRINOVER, A. P. Palestra realizada no Seminário sobre Controle Judicial de Políticas Públicas, Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2013.
- MOREIRA, J. C. B. *Temas de direito processual* – 9ª série. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.
- PICARDI, N. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PIRES, A. A. Mediação e Conciliação: breves reflexões para uma conceituação adequada. In: AZEVEDO, A. G. de. (Org.). *Estudos de arbitragem, mediação e negociação*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2002.
- PINHO, H. D. B. de. Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: algumas considerações introdutórias. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 17, p. 9-14, 2004.
- PINHO, H. D. B. de. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. In: PRADO, G. (Org.). *Acesso à justiça: efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 105-124.
- PINHO, H. D. B. de. (Org.). *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PINHO, H. D. B. de. A mediação e o código de processo civil projetado. *Revista de Processo*, v. 37, n. 207, p. 213-238, maio 2012. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>>.