

Glauco Gumerato Ramos

Membro dos Institutos Brasileiro (IBDP), Ibero-americano (IIDP) e Pan-americano (IPDP) de Direito Processual. Membro-fundador da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) Vice-Presidente para o Brasil do Instituto Pan-americano de Direito Processual (IPDP). Diretor de Relações Internacionais da ABDPro. Advogado em São Paulo.

Mediação e conciliação no NCPC brasileiro: uma breve análise crítica¹

SUMÁRIO: 1. Mediação e conciliação no movimento de *Acesso à Justiça*. 2. Mediação e conciliação no NCPC. 3. Nota sobre a Lei 13.140/2015. 3.1 Aspectos gerais da *mediação extrajudicial*. 4. Equívocos dogmáticos do modelo de mediação e conciliação adotado no NCPC. 5. Equívocos dogmáticos (*segue*): incidência do denominado “princípio” da cooperação. 6. Fechamento.

SUMMARY: 1. Mediation and conciliation in the Access to Justice motion. 2. Mediation and conciliation in the NCPC. 3. Note on Law 13.140/ 2015. 3.1 Overview from the of -court mediation. 4. Dogmatists Misconceptions of the mediation and conciliation model adopted by NCPC. 5. Misconceptions dogmatists (follows): incidence of so-called “principle “of cooperation. 6. Closing.

ABSTRACT: The text presents, under the vision of its author, the errors of the model adopted in the new CPC Brazil , and does so in two perspectives: i) regarding compulsory conciliation hearing and mediation as a procedural step after the

demand proposition and before the counter arguments of the defendant, and ii) as to the possible authoritarian attitudes by the judges trying to get a consensus solution in the civil process, under the guideline of “ principle “ of cooperation laid down in Article 6 of the NCPC .

KEY WORDS: civil process –consensual solutions– mediation and conciliation –model adopted by the new CPC Brazil– critical analysis.

RESUMEN: El texto expone, bajo la visión de su autor, algunos de los errores del modelo adoptado en el nuevo CPC de Brasil y lo hace en doble perspectiva: i) en cuanto a la obligatoriedad de la audiencia de conciliación y mediación como etapa procedimental luego de la proposición de la demanda y antes de la contestación del reo, y ii) en cuanto a las posibles investidas autoritarias por parte de los jueces, intentando obtener una solución consensuada en el proceso civil, bajo la directriz de “principio” de la *cooperación* establecido en el artículo 6° del NCPC. El texto, asimismo, hace un brevísimo abordaje sobre las directrices de la Ley 13.140/2015, posterior al NCPC, que trata de la “*mediação entre particulares como meio de solução*”

¹ Artigo especialmente elaborado a convite do Centro de Estudos de Justiça de las Americas (CEJA, www.cejamericas.org), com sede em Santiago do Chile.

de controversias”, con énfasis en la *correcta* previsión de posibilidad de una *mediación extrajudicial*.

PALABRAS CLAVES: proceso civil – soluciones consensuadas – mediación y conciliación – modelo adoptado en el nuevo CPC de Brasil – análisis crítico.

1. Mediação e conciliação no movimento de Acesso à Justiça

O denominado movimento de *Acesso à Justiça* ganhou impulso significativo a partir dos anos setenta do séc. XX com o chamado “Projeto Florença”, liderado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, onde se buscou um quadro comparativo sobre o tema no âmbito dos principais países ocidentais. A grande investigação de coleta de dados gerada pelo “Projeto Florença” foi inaugurada por um “relatório de introdução” de autoria de Cappelletti e Garth, que posteriormente transformou-se no ensaio publicado na Europa sob o título *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective*, literatura hoje clássica na dogmática do direito processual.²

De todas as conclusões e recomendações encontradas no relatório, observou-se que basicamente existiam três obstáculos a serem ultrapassados para a aproximação ao ideário de acesso à justiça, que seriam transpostos por aquilo que se convencionou chamar, a partir de então, de as *três ondas renovatórias*.³⁻⁴

2 No Brasil, o ensaio mereceu tradução intitulada de *Acesso à Justiça* (tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet), Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988. O livro é de leitura obrigatória para quem pretenda entender o significado do acesso à justiça do qual se apropriou a doutrina do direito processual para justificar certas proposições e soluções no âmbito legislativo e jurisprudencial.

3 Cf. Araújo Cintra, Grinover e Dinmarco. *Teoria geral do processo*, 9ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1993, pp. 42-45; cf., também, Cappelletti, Mauro. “Os métodos alternativos de solução de conflito no quadro do movimento universal de acesso à justiça”, *Revista de Processo* (RePro) 74/82, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

4 Especificamente sobre a *primeira onda renovatória* (=assistência judiciária ao necessitado), cf. Ramos, Glauco

Em relação à transposição desses três obstáculos por meio das chamadas *ondas renovatórias*, Cappelletti e Garth assim se manifestaram:

“Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira *onda* desse movimento novo – foi a *assistência judiciária*; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica para os interesses ‘difusos’*, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente *enfoque de acesso à justiça*, porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras do acesso de modo mais articulado e compreensivo.”⁵

A partir daí é possível observar que os temas relacionados à mediação e à conciliação no âmbito do processo jurisdicional encaixam-se na perspectiva da *terceira onda renovatória*. Nota-se que a *terceira onda renovatória* funciona como pauta de anseios em torno daquilo que ideologicamente se pretende impor às relações intersubjetivas, de modo a que os conflitos de interesses sejam acomodados (=pacificados) pela disposição consensual bilateral dos sujeitos imersos no conflito de interesses, e tudo dentro do marco teórico proposicional do *enfoque de acesso à justiça* (=terceira onda renovatória). Nessa *terceira onda renovatória*, via de regra, também estão albergadas a ideia de justiça de “pequenas causas” e todos os demais

Gumerato. “Realidade e perspectiva da assistência jurídica aos necessitados no Brasil”. *Cadernos Adenauer n° 3 (Acesso à justiça e cidadania)*, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, pp. 31-51. Cf., ainda, Ramos, Glauco Gumerato. “Assistência jurídica integral ao necessitado”. *Revista dos Tribunais* (RT) 765/48, julho 1999, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

5 Cf. Cappelletti e Garth. *Acesso à justiça*, p. 31. Cf., também, Cappelletti in “Os métodos alternativos de solução de conflito no quadro do movimento universal de acesso à justiça”, *passim*.

“Meios de Alternativos de Resolução de Conflitos”, ou *Alternative Dispute Resolution* (ADR), na conhecida expressão do direito norte-americano.

Observado macroscopicamente a partir dos postulados de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, é possível intuir que o enfoque de *Acesso à Justiça*, na sua orientação *ideológico-dogmática*, tem aderência à denominada *Nova Esquerda* (= *New Left*), movimento de intelectuais europeus e norte-americanos das Ciências Humanas surgido a partir dos anos 60 do século passado, voltado a uma nova interpretação do marxismo clássico do final do séc. XIX. Dentro do marco ideológico de “libertação individual” e da “justiça social” para as massas, a mensagem da *Nova Esquerda* consistia em propalar a ideia de que o mundo é opressor e o poder existente é usurpado, de modo que a extirpação do poder levará ao mesmo tempo à “justiça” e à “libertação”⁶. Impulsionados por escritores de grandes atributos intelectuais, como Chistopher Hill na Inglaterra, John Kenneth Galbraith e Ronald Dworkin nos Estados Unidos, Habermas e Foucault na Europa continental⁷, os pensadores da *Nova Esquerda* naturalmente também influenciaram vários juristas teóricos ligados ao estudo do processo jurisdicional, onde a ideia de “justiça”, ou mais especificamente de “justiça social”, passou a avassalar os discursos que formam o mundo do Direito e do processo. Não é por outra razão que Cappelletti e Garth afirmaram que a *terceira onda renovatória* seria o *enfoque de acesso à justiça*, onde está inserida, dentre outras, a ideia da mediação e da conciliação obtidas no curso do processo jurisdicional, revelando uma postura de cariz maquiavélico no qual os “fins” (=enfoque de acesso à justiça) justificariam os “meios” (=imposição da

cultura de soluções consensuais dentro do ambiente do processo).

Posturas *teórico-ideológicas* dessa natureza invariavelmente fomentam e potencializam o protagonismo interventor do Estado-Judiciário e de seus juízes, revelando certos aspectos que marcam a distinção de perfil entre um *Estado ativo* e um *Estado reativo*, do qual nos deu notícia Damaska⁸⁻⁹.

Ao meu sentir, e a partir de uma análise global de sua estrutura, essa vocação *dirigista-autoritária* é uma das marcas características do novo CPC. Em vários de seus aspectos o novo código de processo potencializa, de maneira perigosa, os poderes do juiz na condução do procedimento, situação que, não raro, acaba por menoscabar à liberdade (=dispositividade) que a todos é assegurada desde o plano constitucional.

Nesse panorama, a autoridade judicial atua no curso do processo com vistas a alcançar um resultado que atenda a uma espécie de *eficientismo-estatal-consequencialista* voltado a concretizar aquilo, e tudo aquilo, que possa gerar um resultado mais proveito quanto possível em perspectiva *ex parte principis*, o que naturalmente melhor se atinge com pautas autoritárias tão ao gosto dos *estatólatras* paternalistas que dão

8 Damaska, Mirjan R.: “No es necesario decir que la autonomía individual está lejos de ser sacrosanta. Para un *Estado activista*, los individuos no necesitan ni siquiera ser jueces fiables de su mejor interés; su percepción, conformada por una práctica social defectuosa, puede ser errada e incorrecta. Desde luego, mientras más se adapten los ciudadanos a la imagen nacida de las teorías del Estado, más fácil será que el Estado permita una mayor definición individual: los deseos de los ciudadanos son cada vez más lo que el Estado quiere que deseen.”. Cf. em *Las caras de la justicia y el poder del Estado – Análisis comparado del proceso legal* (Título original em inglês *The Faces of Justices and State Authority: A comparative approach to the legal process*), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 142.

9 Ainda Damaska, op. cit., p. 128: “Un *Estado reactivo* se limita a proporcionar el marco de apoyo dentro del cual los ciudadanos persiguen los objetivos que han elegido. Sus instrumentos deben liberar las fuerzas espontáneas de la autogestión social. El Estado no contempla ninguna noción de interés separado, aparte de los intereses sociales e individuales (privados): no existen problemas que son inherentes al Estado, sólo problemas sociales e individuales”.

6 Scruton, Roger. *Pensadores da Nova Esquerda (Thinkers of the New Left)*. Tradução de Felipe Garrafiel Pimentel. São Paulo: É Realizações Editora, 2014, pp. 22-23.

7 Cf. Scruton, Roger, op. cit. p. 14.

organicidade jurídica a um Estado-Judiciário de perfil (ultra)ativo, como é o caso brasileiro. Não foi por outro motivo que o novo CPC adotou no Brasil um modelo de mediação/ conciliação que viabiliza ao juiz impor verticalmente às partes que busquem a *autocomposição* de seus conflitos de interesse dentro do curso do processo jurisdicional, cujo ambiente, por imperativo lógico, é *conflitivo*.

Ao estabelecer que “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (art. 3º, § 2º), e que “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (art. 3º, § 3º), invariavelmente o NCPC coloca-se a serviço do ideário da *terceira onda renovatória*, que tem como pauta genérica de atuação o próprio *enfoque de acesso à justiça*. É dizer, *enfoque de acesso à justiça* na perspectiva “pacificadora” do Estado-Juiz de perfil mais ativo e, portanto, substancialmente mais autoritário.

2. Mediação e conciliação no NCPC

O novo Código de Processo Civil brasileiro é fruto da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, e está em vigor desde 17 de março de 2016¹⁰. O código traz em sua estrutura um capítulo destinado a Audiência de Conciliação ou de Mediação (=art. 334, § 1º a 12)¹¹, como uma

etapa inicial a ser desenvolvida no curso do processo de conhecimento, antes mesmo de o réu apresentar a sua defesa.

A possibilidade de conciliação endoprocessual não é novidade no âmbito do processo civil brasileiro. O código revogado, o CPC-73 (=Código Buzaid)¹², apesar de não prever a mediação em suas disposições, sempre previu a conciliação como forma de solução consensual e o fazia de duas maneiras distintas: como regra *especial* e como regra *geral*. Como *regra especial*, a conciliação deveria ser tentada pelo juiz da causa quando da realização da audiência de instrução, voltada à produção da prova oral no curso

mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes. § 3o A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado. § 4o A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição. § 5o O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência. § 6o Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes. § 7o A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei. § 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. § 9o As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos. § 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir. § 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença. § 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

¹² O revogado CPC-73 entrou em vigor em janeiro de 1974 e vigorou até março de 2016. Era conhecido por *Código Buzaid* pelo fato de que o seu “pai intelectual” foi o então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, que posteriormente também se tornou Ministro do Supremo Tribunal Federal, além de ter sido professor de direito processual civil da Universidade de São Paulo. Sobre o fato de o CPC-73 ser conhecido como *Código Buzaid*, cf., dentre outros, Mitidiero, Daniel. “O processualismo e a formação do Código Buzaid”, *Revista de Processo* (RePro) 183/165, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, maio de 2010. Cf. também, RAMOS, Glauco Gumerato. “Alfredo Buzaid”, *Revista de Processo* (RePro) 183/319. Publicado ainda em *Processualistas históricos do Brasil*, vol. 1. Coord. Calmon, Petrônio e Hoffman, Paulo. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), 2010.

¹⁰ Cf. a íntegra do texto do NCPC do Brasil em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

¹¹ CPC, 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. § 1o O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária. § 2o Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à

do processo (CPC-73, arts. 447-449). Como *regra geral*, a conciliação constava no rol dos “poderes” do juiz no processo civil, que deveria tentar, a qualquer tempo – portanto, mesmo após a prolação da sentença – conciliar as partes (CPC-73, art. 125, IV).

Já no NCPC o legislador reservou um lugar de destaque para a conciliação e a mediação, instituindo uma audiência de caráter *obrigatório* que antecederá o oferecimento da defesa escrita por parte do réu. A audiência de conciliação ou de mediação só não ser realizada se ambas as partes manifestarem expressamente o seu desinteresse na solução consensual, ou quando a questão jurídica em debate não admitir a autocomposição (NCPC, art. 334, § 4º, I e II). E mais: em perspectiva indistintamente *autoritária*, o legislador ainda previu que o não comparecimento das partes para audiência de conciliação será considerado “ato atentatório à dignidade da justiça” (= *Contempt of Court*), gerando uma multa sancionatória de até 2% sobre a vantagem econômica pretendida ou sobre o valor da causa, que será revertida em favor da União Federal ou do Estado membro (NCPC, art. 344, § 8º). Abaixo mencionarei a minha impressão *negativa* quanto à obrigatoriedade imposta pelo legislador para a realização da audiência de conciliação ou de mediação.

3. Nota sobre a Lei 13.140/2015

Ainda durante a *vacatio legis* do NCPC, o legislador brasileiro positivou a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a “*mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública*” (art. 1º, *caput*).¹³

Deixando de lado os dispositivos dessa Lei que versam a “*autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública*”, que

não interessam aos fins do presente artigo, importante destacar que as disposições sobre a “*mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias*” não estão em exata sistematicidade com aquilo que o legislador previu sobre o tema no âmbito do novo Código de Processo Civil.

Em linhas gerais, a Lei brasileira sobre “*mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias*” estabelece regras: [i] sobre os princípios que orientam a mediação (art. 2º, incs. I a VII), [ii] sobre quem pode atuar como mediador (arts. 4º a 8º), [iii] sobre o mediador extrajudicial (arts. 9º e 10), [iv] sobre o mediador judicial (art. 11 a 13), [v] sobre o procedimento de mediação extrajudicial e judicial (arts. 14 a 29). [vi] sobre a confidencialidade do procedimento de mediação (arts. 30 e 31).

3.1 Aspectos gerais da mediação extrajudicial

Ponto *positivo* da Lei de Mediação foi a instituição da *mediação extrajudicial*, já que aqui, em rigoroso respeito à autonomia da vontade, viabiliza aos interessados a possibilidade de utilizarem-se da mediação *fora* do ambiente jurisdicional e *sem* qualquer interferência do Poder Judiciário. Mas o fato é que a cultura da *mediação extrajudicial* ainda não é algo presente no Brasil, até mesmo pelo fato de a Lei que a instituiu ser ainda muito recente, de modo que o país não dispõe de uma base de dados empíricos que possa mensurar a eficácia e a disposição das pessoas em buscar a solução consensual de seus conflitos pela via da *mediação extrajudicial*. Sem embargo, a previsão da *mediação extrajudicial* no direito positivo brasileiro é algo de extrema relevância e, oxalá, com o tempo as pessoas em conflito possam dela se utilizar para o atingimento de uma solução consensual dos respectivos interesses, o que sem dúvida ajudará a subtrair a excessiva carga de processos que hoje suporta o Poder Judiciário no Brasil.

¹³ Cf. em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm.

O procedimento de *mediação extrajudicial* será iniciado através de *convite* feito de uma parte em relação a outra propondo a negociação sobre determinado conflito de interesse, estabelecendo-se a pauta de negociação e propondo-se data e local da primeira reunião, considerando-se rejeitado o convite se este não for respondido em até trinta dias de seu recebimento (Lei de Mediação, art. 21, parágrafo único).

Existe ainda a possibilidade de a *mediação extrajudicial* estar prevista em contrato através do que se convencionou chamar de *cláusula de mediação*, que deverá conter: [i] prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião após o recebimento do *convite* para mediação, [ii] o local da primeira reunião, [iii] os critérios de escolha do mediador e/ou da equipe de mediação, [iv] a penalidade em caso de não comparecimento após *convite* para a primeira reunião (Lei de Mediação, art. 22, inc. I a IV). E por se tratar de cláusula inserida em contratos, naturalmente que também é possível dispor sobre outros temas que sejam compatíveis com dinâmica da mediação.

Também é possível que a *cláusula de mediação* estabeleça o compromisso das partes em *não* dar início a processo arbitral ou judicial durante certo prazo ou até que se implemente determinada condição. Essa possibilidade repercutirá no processo arbitral ou judicial e funcionará como *pressuposto negativo de desenvolvimento válido e regular do processo*. Ou seja, *não* deve existir entre as partes o compromisso de *não iniciar* o processo arbitral ou judicial. Havendo o compromisso, o árbitro ou o juiz *suspenderá* o curso do respectivo processo (Lei de Mediação, art. 23, *caput*).

4. Equívocos dogmáticos no modelo de mediação e conciliação adotado no NCPC

Um dos grandes equívocos dogmáticos foi o NCPC prever uma audiência de conciliação como etapa *obrigatória* no curso do processo voltado à formação de sentença. Evidentemente que nessa audiência também deverá ser tentada a *mediação* entre as partes.

A instauração de um processo jurisdicional cria um ambiente *conflitivo* de caráter dialógico, onde posicionamentos parciais e antagônicos são contrapostos e onde o objetivo final é de que um deles prevaleça, total ou parcialmente. Nesse panorama, até mesmo por que as partes em conflito estarão diante do Poder Judiciário e das correlatas formalidades daí decorrentes, nada impede que soluções consensuais via conciliação ou mediação sejam *incentivadas*. É grave, contudo, é a autorização do legislador para que tais audiências sejam *determinadas* verticalmente pela autoridade judicial. E é exatamente aí que está um dos equívocos do modelo de mediação e conciliação adotado pelo CPC brasileiro: impor às partes que se reúnam em audiência de conciliação ou mediação, e ainda sob pena de multa pelo não comparecimento, que reverterá em favor da União ou do Estado membro. Reitera-se que a audiência somente não acontecerá se ambas as partes – autor e réu, portanto – *expressamente* afirmarem que não têm interesse na autocomposição, o que deverá ser feito na petição inicial, pelo autor, e pelo réu através de pedido formulado com antecedência de dez dias da audiência que será obrigatoriamente designada pelo juiz (CPC, art. 334, §§ 4º e 5º).

A obrigatoriedade da audiência de conciliação ou de mediação demonstra um duplo equívoco do legislador. O primeiro é o equívoco *autoritário*, sempre agressivo e dispensável diante do panorama republicano e democrático estabelecido pela ordem

constitucional. O segundo é o equívoco *pragmático*, já que além do fato de se impor que as partes estejam em audiência de conciliação, quando entre elas há o sentimento conflitivo que é natural no ambiente do processo, ainda por cima cria-se uma audiência a mais na já carregada pauta de audiência dos juízes de primeira instância. A experiência do processo civil brasileiro em termos de audiência de mediação e conciliação neste primeiro ano de vigência do novo CPC está sendo desastrosa. Tornou-se notícia corrente o fato de que os juízes, sistematicamente, vêm ignorando a obrigatoriedade da designação da audiência de mediação ou de conciliação, já que isso gera uma etapa a mais no já demorado processo jurisdicional brasileiro, mostrando-se de pouca ou de nenhuma utilidade prática uma vez que as partes, via de regra, não se esforçam em prol da autocomposição na audiência de mediação ou conciliação. Em suma: é um autoritarismo contraproducente.

Além da obrigatoriedade na realização da audiência de mediação ou de conciliação como etapa de um processo voltado à formação de sentença, outro equívoco que poderia ser apontado seria quanto ao fato dessas respectivas medidas de autocomposição serem realizadas *perante e internamente* ao Poder Judiciário, cuja vocação constitucional é para decidir impositivamente por sobre a autonomia privada, naturalmente respeitando as regras do *due process of law*. A dinâmica da solução dada pelo poder jurisdicional aos conflitos intersubjetivos de interesse, portanto, submete-se à lógica da *heterecomposição*.

Dentro da perspectiva principiológica da *eficiência* na obtenção de resultados positivos, não parece producente que a *autocomposição* através das técnicas da mediação ou da conciliação seja buscada dentro do ambiente do Poder Judiciário, um ambiente, como já dito, naturalmente conflitivo e para o qual autor e réu ingressaram exatamente porque

o conflito de interesses havido entre eles, por uma razão ou outra, não foi dissipado pelo consenso. Não que não se possa estimular a mediação ou a conciliação no curso do processo. O estímulo deve ocorrer e pode levar a soluções consensuais. Mas querer que a respectiva audiência seja uma etapa obrigatória no curso do processo voltado à formação de sentença, a ser realizada diante e internamente ao Poder Judiciário, sugere a percepção pragmática de que as partes não estarão, intima e psicologicamente, preparadas para uma solução orientada pelo consenso.

5. Equívocos dogmáticos (segue): incidência do denominado “princípio” da cooperação

Durante o respectivo processo legislativo, a doutrina brasileira posicionou-se de maneira favorável e contrária em relação à conveniência e ao conteúdo do projeto de novo Código de Processo Civil, que posteriormente se converteu em direito positivo. Eu mesmo externei vários posicionamentos críticos contra alguns aspectos do Código durante a etapa de discussão de seu projeto no parlamento brasileiro.¹⁴

Dentre as suas “normas fundamentais”, o NCPC adotou aquilo que comumente – e de

¹⁴ Por exemplo, Ramos, Glaucio Gumerato. “Poderes del juez: activismo (=autoritarismo) o garantismo (=libertad) en el Proyecto de nuevo CPC de Brasil”, em *El Derecho Procesal Español del siglo XX a golpe de tango*. Juan Montero Aroca – *Liber Amicorum*, en homenaje y para celebrar su LXX. Coords. Colomer, Juan-Luiz Gómez, Vilar, Silvia Barona, Cuadrado, Pía Caldeón. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2012, pp. 363-371. Também de minha autoria “Crítica macroscópica ao fetiche da celeridade processual”, *Revista de Processo (RePro)*, 239/421, jan. 2015. Tb. “Expectativas em torno no Novo CPC. Entre o ativismo judicial e o garantismo processual”, *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)*, 90/213, abr-jun 2015. Cf, ainda, o meu “Garantismo processual e poderes do juiz do projeto de CPC”, em *Novas tendências do processo civil – Estudos sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil*, vol. 2. Coords: Didier Jr, Fredie, Freire, Alexandre, Dantas, Bruno, Nunes, Dierle *et alli*. Salvador: Ed. JusPodium, 2014, pp. 641-643.

forma errada – é chamado de “princípio” da *cooperação* (=colaboração), demonstrando aí um indisfarçável viés ideológico denotador do caráter *dirigista* e pretensamente *solidário* a que subjaz o novo Código¹⁵. Assim está no art. 6º do CPC:

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

Da forma como previsto no art. 6º do CPC, o “princípio” da *cooperação* impõe a todos os sujeitos do processo (=autor e réu, inclusive) o dever de cooperar entre si, numa excêntrica postura subversiva da dinâmica do processo jurisdicional, que por imperativo lógico imerge às partes em um ambiente *dialogal-conflitivo* onde as posturas antagônicas, por intermédio do devido processo legal, são debatidas com parcialidade, com o objetivo de prevalecer uma sobre a outra. O processo jurisdicional não se presta a reunir os sujeitos que nele se contrapõem para que se auxiliem reciprocamente. No processo, cada uma das partes pretende que o próprio ponto de vista, indiscutivelmente radicado na parcialidade de suas pretensões, seja acolhido e contemplado pela tutela jurisdicional, e tal fato não se compadece com o dever de *cooperação* que o art. 6º do CPC brasileiro viabiliza ao juiz impor verticalmente às partes litigantes. As incongruências da *cooperação* à brasileira vêm recebendo críticas severas e contundentes por parte da doutrina.¹⁶

.....
¹⁵ Sobre a influência ideológica que – lamentavelmente – compromete a legislação processual como um todo, cf. Aroca, Juan Montero. “Sobre el mito autoritario de la *buen fe procesal*”, em *Proceso civil e ideología – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (coordinador Juan Montero Aroca), Tirant lo Blanch : Valencia, 2006, p. 294-353. A respectiva obra também foi editada no Chile, Santiago: Editorial Metropolitana, 2008. V. ainda, com muito proveito, Costa, Eduardo, “Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, fascista y gerencial”, *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)* 82/205, abr-jun de 2013.

¹⁶ Dentre outros, Delfino, Lúcio. “Cooperação processual: inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Traçando na contramão da doutrina”, *Revista Brasileira*

É verdade que até o presente momento – e eu escrevo este texto no final de agosto de 2016 – as designações de audiência de mediação e conciliação não estão sendo determinados conforme o pretendido pelo legislador do NCPC. As justificativas dos juízes de primeira instância são várias. Falta de tempo hábil; atraso nas pautas pela designação de mais uma audiência; falta de pessoal preparado para atuar como mediador e/ou conciliador; falta de um local separado, próprio e adequando, dentro dos palácios de justiça, para que as partes possam se reunir para a mediação etcetera. Também não faltam os juízes que, no afã de induzir às partes a uma solução consensual, pessoalmente se encarregam de conduzir a audiência de mediação ou conciliação, o que é um equívoco ainda mais grave diante carga psicológica de autoridade que a presença da pessoa física do juiz sugere para as partes.

Independente disso, quando se enfoca a obrigatoriedade que o NCPC pretendeu dar à realização de audiência de mediação ou de conciliação, na perspectiva do “princípio” da *cooperação* estatuído no art. 6º do código, pode-se chegar a atuações arbitrárias e autoritárias por parte dos juízes, voltadas a arrancar – a fórceps – uma solução consensual a todo o custo no curso do processo. Afinal de contas, se “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si”, é natural supor que os juízes sentir-se-ão autorizados a invocar o “princípio” da *cooperação* para impor às partes que se empenhem em alcançar uma solução consensual ao problema que foi trazido para resolução através do processo civil. Ou será que alguém dúvida que isso poderá acontecer? E creio que isso acontecerá – se é que já não está acontecendo – até mesmo em

.....
de Direito Processual (RBDPro), 93/149. Cf. ainda Streck, Lênio, Delfino, Lúcio, Dalla Barba, Rafael Giorgio, Lopes, Ziel Ferreira. “O bom litigante – Riscos da moralização o processo pelo dever de cooperação do novo CPC”, *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)*, 90/340.

nome do ativismo judicial que, infelizmente, oprime as garantias processuais estabelecidas desde a Constituição.

Em suma, os reflexos do – erroneamente – chamado “princípio” da *cooperação* sobre o modelo de mediação e conciliação adotado pelo novo CPC brasileiro, podem potencializar interferências arbitrárias sobre a autonomia da vontade das partes litigantes.

6. Fechamento

Ainda que a previsão legislativa da conciliação endoprocessual já exista há muito tempo no Brasil, conforme acima comentado, a mediação no plano do direito positivo brasileiro ainda é uma novidade, seja a de caráter *judicial*, ao meu ver falha, pelos motivos neste texto apontados, seja a *extrajudicial*, esta, sim, com inegável vocação para conduzir os sujeitos em conflito rumo a solução consensual dos respectivos problemas, e isso pelo simples fato de que essa modalidade de mediação, já que *extrajudicial*, estará sendo realizada onde toda e qualquer tentativa de solução consensual terá condições de alcançar o seu maior rendimento positivo possível: *fora* do ambiente do Poder Judiciário, cujo pragmatismo autoritário de suas engrenagens, além do ambiente conflitivo perante ele instaurado, acaba sendo naturalmente refratário ao consenso que legitima o consenso decorrente da autonomia privada da vontade.

Sem embargo, é mister que o Estado brasileiro e as organizações não-governamentais (ONGs) fomentem as vantagens que as soluções consensuais geradas, fundamentalmente, pela *mediação extrajudicial* poderão trazer às pessoas e suas respectivas esferas de direito e de liberdade.

Só com o tempo saberemos se esse aspecto importante de nossa democracia, que é a solução consensual dos conflitos

intersubjetivos de interesses através da conciliação e da mediação, foi devidamente apreendido, compreendido e operado por nossa sociedade.

Mas antes disso é fundamental que os esquemas legais que regram a mediação e a conciliação não as aprisione nos domínios exclusivos do processo jurisdicional e/ou do Poder Judiciário, cujo ambiente conflitivo aí formado é logicamente contrário ao ambiente cooperativo que se exige para o resultado eficiente das soluções consensuais dos conflitos de interesses.

Jundiaí-SP, agosto de 2016

Bibliografia

- ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 9ª edição, 1993.
- AROCA, Juan Montero. “Sobre el mito autoritario de la *buena fe procesal*”, *Proceso civil e ideología – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos* (coordinador JUAN MONTERO AROCA), Tirant lo Blanch: Valencia, 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro. “Os métodos alternativos de solução de conflito no quadro do movimento universal de acesso à justiça”, *Revista de Processo (RePro)* 74/82, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.
- COSTA, Eduardo, “Los criterios de la legitimación jurisdiccional según los activismos socialista, fascista y gerencial”, *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)* 82/205, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2013.

- DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado – Análisis comparado del proceso legal* (Título original em inglês *The Faces of Justices and State Authority: A comparative approach to the legal process*), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- DELFINO, Lúcio. “Cooperação processual: inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina”, *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)*, 93/149, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016.
- MITIDIERO, Daniel. “O processualismo e a formação do Código Buzaid”, *Revista de Processo (RePro)* 183/165, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.
- RAMOS, Glauco Gumerato. “Realidade e perspectiva da assistência jurídica aos necessitados no Brasil”. *Cadernos Adenauer nº 3 (Acesso à justiça e cidadania)*, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.
- _____. “Assistência jurídica integral ao necessitado”. *Revista dos Tribunais (RT)* 765/48, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. “Alfredo Buzaid”, *Revista de Processo (RePro)* 183/319. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. “Alfredo Buzaid”, *Processualistas históricos do Brasil, vol. 1*. Coord. CALMON, Petrônio e HOFFMAN, Paulo. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), 2010.
- _____. “Poderes del juez: activismo (=autoritarismo) o garantismo (=libertad) en el Proyecto de nuevo CPC de Brasil”, *El Derecho Procesal Español del siglo XX a golpe de tango*. JUAN MONTERO AROCA – *‘Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX*. Coords. COLOMER, Juan-Luiz Gómez, VILAR, Silvia Barona, CUADRADO, Pía Caldeón. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2012.
- _____. “Crítica macroscópica ao fetiche da celeridade procesual”, *Revista de Processo (RePro)*, 239/421, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. “Expectativas em torno no Novo CPC. Entre o ativismo judicial e o garantismo processual”, *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)*, 90/213, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015.
- _____. “Garantismo processual e poderes do juiz do projeto de CPC”, em *Novas tendências do processo civil – Estudos sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil*, vol. 2. Coords: DIDIER JR, Fredie, FREIRE, Alexandre, DANTAS, Bruno, NUNES, Dierle *et alli*. Salvador: Ed. JusPodium, 2014
- SCRUTON, Roger. *Pensadores da Nova Esquerda (Thinkers of the New Left)*. Tradução de Felipe Garrafiel Pimentel. São Paulo: É Realizações Editora, 2014.
- STRECK, Lênio, DELFINO, Lúcio, DALLA BARBA, Rafael Giorgio, LOPES, Ziel Ferreira. “O bom litigante – Riscos da moralização o processo pelo dever de cooperação do novo CPC”, *Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)*, 90/340, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015.