

**"ALGUM DIA, TALVEZ, SE FOR O CASO..." - FREQUÊNCIA E MOTIVOS
PARA A NÃO DESIGNAÇÃO DA AUDIÊNCIA DO ARTIGO 334 DO CPC EM
COMARCAS DA JUSTIÇA ESTADUAL PAULISTA^{1,2}**

***"SOMEDAY, PERHAPS, IF SO..." - FREQUENCY AND REASONS FOR NOT
SCHEDULING PRELIMINARY HEARINGS AT SAO PAULO STATE LOWER
COURTS***

Paulo Eduardo Alves da Silva

Doutor e Livre Docente em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor Associado da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (FDRP/USP). Ribeirão Preto/SP. E-mail: pauloeduardoalves@usp.br

Tatyana Chiari Paravela

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (FDRP/USP). Advogada. Ribeirão Preto/SP. E-mail: tatyanacparavela@gmail.com

RESUMO: O CPC/2015 apostou no recrudescimento do incentivo à justiça consensual com regras claras para a audiência de conciliação: antecipou-a para logo no início do procedimento e tornou obrigatória a sua designação, salvo exceções previstas (art. 334). A eficácia das regras, contudo, depende de como são aplicadas na prática. Este artigo traz dados sobre a frequência e os motivos usados nas decisões de designação (ou não) da audiência de conciliação em comarcas da Justiça estadual paulista. Os resultados indicam que a audiência é raramente designada e que as justificativas utilizadas pelos magistrados para aplicar o art. 334 do CPC variam substancialmente.

¹ Artigo recebido em 03/04/2020 e aprovado em 04/08/2020.

² Artigo vinculado ao projeto de pesquisa "Resolução de Conflitos nas Sociedades Contemporâneas e Acesso à justiça", coordenado pelo primeiro autor.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça; justiça consensual; audiência de conciliação; designação; pesquisa empírica em direito.

ABSTRACT: Brazilian 2015 Code of Civil Procedure bet on incentives to judicial settlements by setting clear rules for the preliminary hearing - which was placed right at the beginning of the proceedings and whose appointment is mandatory to the judge (art. 334). Nevertheless, its outcomes depend on how the rule will be practiced inside the judicial system. This paper provides data on frequencies and reasons invoked by decisions about preliminary hearings appointments in Lower Courts of the São Paulo State. Despite the clear rule, the hearing was barely scheduled, grounded on reasons that vary substantially.

KEY WORDS: Access to justice - dispute resolution - judicial settlements - mandatory preliminary hearings – to schedule the date of trial - empirical research on judicial decisions.

Introdução

Dentre as novidades do Código de Processo Civil de 2015, as regras sobre designação da audiência de conciliação e mediação são um excelente exemplo de política judiciária refletida em uma regra processual e, ao mesmo tempo, de um comando normativo cuja eficácia é posta à prova pelo próprio funcionamento do sistema de justiça.

A introdução de uma audiência destinada à tentativa de conciliação entre as partes não é novidade no sistema processual civil brasileiro. Desde 1994, a nova redação dada ao artigo 331 do CPC de 1973 incorporou uma audiência de conciliação ao procedimento comum ordinário, a ser realizada após as respostas do réu. O que parece diferenciar o artigo 334 do CPC de 2015, atual correspondente do artigo 331 do código anterior, são tanto o momento procedimental em que fora alocada (antes do oferecimento de resposta pelo réu), quanto e principalmente o fato da nova regra integrar uma política mais ampla de incentivo à resolução consensual de disputas - introduzida em âmbito nacional em 2010

pela Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça e ampliada e fortalecida, em 2015, pela Lei de Mediação (Lei n. 13.140) e o próprio CPC (Lei 13.105).

O suporte institucional e normativo, conquanto muito relevante, não é determinante da total internalização da norma nas práticas e atores do sistema de justiça. O artigo 331 do CPC anterior sempre enfrentou dificuldades de concretização - o que se ilustra pelas reiteradas alterações que sua redação sofreu nas reformas legislativas posteriores. O artigo 334 do CPC enfrenta dificuldades da mesma natureza e, possivelmente, decorrentes da mesma causa original.

A principal dificuldade de efetivação da audiência de conciliação no rito ordinário parece ser, ainda, a obrigatoriedade de sua designação e de sua realização - antes mesmo da presumível dificuldade de as partes chegarem a um acordo, quando adequado à disputa. Ou seja, trata-se antes de uma dificuldade relacionada às práticas do sistema de justiça, não tanto ao aprendizado e às performances nas técnicas de negociação, conciliação e mediação.

O artigo 334 do CPC atual apostou no recrudescimento do incentivo à justiça consensual pela fixação de regras claras direcionadas à realização da audiência. Basicamente, o juiz *deve* designá-la já no despacho inicial quando não for o caso de extinção liminar do processo (por inépcia ou improcedência liminar). A audiência só não acontecerá se as partes expressamente se manifestarem desinteressadas ou "quando não se admitir a autocomposição". O texto legal é bastante claro³:

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 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:

³ BRASIL. Código de Processo Civil, Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015.

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.

Além da divergência doutrinária quanto à obrigatoriedade ou não da sua designação, a prática forense tem fornecido exemplos variados de posturas adotadas pelos juízes diante da regra legal.

Comentadores da legislação processual civil divergem quanto à obrigatoriedade da audiência de conciliação e mediação prevista no artigo 334 do CPC de 2015⁴. Alguns entendem-na obrigatória⁵, outros como quase obrigatória⁶, outros ainda como não

⁴ Segundo o texto do artigo 334 do Código de Processo Civil de 2015, não sendo o caso de improcedência liminar do pedido e estando em ordem a petição inicial, a audiência de conciliação e mediação será designada. Os casos em que ela não será designada estão previstos no parágrafo 4º deste mesmo artigo.

⁵ ASSIS, Araken. Processo Civil brasileiro. Vol. 3. 2 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2016. P. 171 – 178.

⁶ GAJARDONI, F. et al. Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015. São Paulo. Método, 2016. P. 68 – 92

obrigatória⁷. No entanto, a polêmica gerada por essas regras tem absorvido e desviado todo o debate sobre as finalidades da audiência e as vantagens e limites da resolução consensual das disputas.

Este artigo visa apresentar dados coletados junto a decisões judiciais proferidas em comarcas de primeira instância da Justiça estadual de São Paulo, com o objetivo de identificar se a audiência do artigo 334 do CPC estaria sendo designada e os argumentos utilizados nessas decisões. Especificamente, pretende verificar em que termos a regra que compele juízes à designação da audiência do art. 334 do CPC tem sido um incentivo eficaz à promoção da chamada “cultura da pacificação”, e se tem, além disso, resultado em consequente diminuição da demanda judicial e maior celeridade na marcha processual.

Os resultados indicam que, a despeito da clareza da letra legal, a audiência é raramente designada nas varas analisadas. Além disso, as justificativas utilizadas pelos magistrados para a designação ou não da audiência do art. 334 do CPC variam substancialmente, o que indica a internalização de sentidos profusos quanto à política de resolução consensual e gerenciamento de processos presente na reforma legislativa.

1. Metodologia do levantamento dos dados – uma análise quantitativa e qualitativa das decisões relativas ao artigo 334 do CPC

A escolha pela análise de decisões da Justiça estadual paulista se baseia principalmente na constatação de que, embora disponha da mais estruturada rede de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) do país, registra uma das menores taxas nacionais de acordo. Essa circunstância é intrigante o suficiente para definir o recorte. Mas não apenas.

O tribunal estadual paulista tem histórico do maior número de casos novos (Brasil, 2018) e, como dito, possui a maior rede de CEJUSCs instalados⁸. Ainda assim, a Justiça paulista registra o menor percentual de acordos realizados (6,1%)⁹, conforme o relatório do

⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3 ed. São Paulo. Forense, 2017. P. 205-213.

⁸ Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2018. Brasília: 2018. P. 137-138.

⁹ Há que se ressaltar que o baixo número de acordos feitos no ano de 2017 no TJSP, conforme o relatório "Justiça em Números" (BRASIL, 2018), foi mais um fator relevante que incentivou a pesquisa nessa comarca, pois em comparação com os outros tribunais o índice é de pelo menos 4% mais baixo na realização de acordos. Desse modo, imprescindível investigar os motivos que levam a não realização da

Conselho Nacional de Justiça¹⁰ - o que reforça a hipótese de que os resultados da "justiça consensual" depende de outros fatores além dos de ordem normativa e estrutural. Ademais, o modo de disponibilização dos dados no sistema *e-Saj* permite esse tipo de levantamento, o que é determinante em um estudo empírico.

A pesquisa limitou-se ao ano de 2017 por já haver algum tempo de vigência da regra prevista no artigo 334 do CPC/2015¹¹ e por permitir analisar somente processos eletrônicos, de mais fácil busca. Processos iniciados em 2017 também já teriam andamento relativamente avançado, o que permitiu ampliar o universo de processos com decisões prolatadas.

As sete comarcas cujos processos são analisados foram selecionadas a partir da conjugação de critérios sociodemográficos, geográficos e estruturais, de modo a refletir indicadores de litigiosidade e de canais de acesso à justiça. Especificamente, os critérios quantitativos de população da cidade¹², localização geográfica e estruturação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania¹³. O critério da população justifica-se pela preocupação geral do Código com a litigiosidade e a redução do volume de processos judiciais nos tribunais - do que a resolução consensual de conflitos também se ocupa, ainda que não seja seu objetivo imediato.¹⁴ A existência de CEJUSC nas comarcas selecionadas

autocomposição nesse Tribunal. Nesse sentido, é possível observar o Índice de conciliação, por tribunal, em 2017: TJMG – 18,8%; TJRS – 12,5%; TJRJ – 11%; TJPR – 10,9%; TJSP – 6,1%; TJCE – 21,1%; TJPA – 15,9%; TJES – 15,4%; TJMA – 14,6%; TJSC – 14,4%; TJPE – 14,2%; TJMT – 12,5%; TJDFT – 12,4%; TJGO – 12,2%; TJBA – 11%; TJSE – 20,4%; TJAP – 16,2%; TJRR – 15,2%; TJMS – 15,1% TJAC – 14,7%; TJTO – 14,5%; TJRN – 14,3%; TJAL – 13,5%; TJPB – 13,1%; TJPI – 11,5%; TJRO – 11,2%. TJAM – 10%; Justiça em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. P. 139.

¹⁰ Justiça em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018.

¹¹ Optou-se por não cobrir decisões proferidas no ano de 2016 em razão das adaptações à nova Lei, tampouco o de 2018, porque o levantamento se realizou durante este ano.

¹² Apurado segundo dados publicados pelo IBGE no Diário Oficial da União em 7 de fevereiro de 2018, com data de referência em 1º de julho de 2017.

¹³ Originalmente, a pesquisa pensou em comparar pares de comarcas com população equivalente que possuísem e não possuísem CEJUSC instituídos. Entretanto, a política de implantação desses órgãos parece ter se iniciado pelas comarcas maiores, o que impediu a adoção deste critério.

¹⁴ A preocupação com a litigiosidade e a redução do volume de processos judiciais nos tribunais pode ser vista expressamente na Resolução n.º 125: “CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesse, a quantidade de recursos e de execução de sentença.” e também na Exposição de Motivos do CPC/2015 “Estes foram organizadas e se deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo mais célere e mais justo”.

denota adoção de políticas de resolução consensual de disputas - do que o artigo 334 do CPC, como se adiantou, é um importante instrumento.

Além da comarca da Capital, foram escolhidas outras seis comarcas em pares com características similares, de modo a permitir-se analisar, em cada dupla com equivalente número de habitantes, se seriam parecidos os resultados da designação da audiência e os motivos pela não designação¹⁵: Ribeirão Preto e São José dos Campos; Sertãozinho e Ribeirão Pires; Patrocínio Paulista e Quatá.

As comarcas selecionadas foram organizadas em pares com números de habitantes equivalentes, a fim de que fosse possível observar comportamentos similares e eventuais discrepâncias¹⁶. Em alguns casos, a pesquisa fez comparações entre três duplas de cidades com populações diferentes. Por fim, para a análise final, foram classificadas nas categorias "comarca maior", "comarcas médias" e "comarcas pequenas", segundo o mesmo critério de quantitativo populacional.

A escolha das decisões objeto da análise se baseou em diferentes critérios, sendo o principal a verificação da designação no momento processual que o artigo 334 do CPC prevê que seja feita a designação e, após esta verificação, análise da decisão se foi ou não designada a audiência pelo magistrado e os motivos que levaram ou não a designação.

Além dos argumentos utilizados na busca - relacionados à própria audiência do artigo 334 do CPC - o perfil dos litigantes também pautou a triagem das decisões. Para o acesso aos dados pelo sistema *e-saj*, recorreu-se ao relatório do CNJ dos "100 maiores litigantes", colocando o nome dos maiores litigantes no campo de busca. Faz-se necessário esclarecer que foi feito dessa forma porque seria necessária uma ampla quantidade de decisões e, por serem estes os maiores litigantes, conforme o relatório do Conselho

¹⁵ Ribeirão Preto foi umas das comarcas escolhidas e possui um total de 682.302 habitantes e a outra comarca escolhida para ser comparada a Ribeirão Preto é a comarca de São José dos Campos, com um total de 613.219 habitantes, ambas as cidades possuem CEJUSC. As outras duas comarcas escolhidas foram Sertãozinho, com 122.000 habitantes e, para comparação, Ribeirão Pires, com 121.840 habitantes, ambas as comarcas com CEJUSC. Foram também escolhidas as comarcas de Patrocínio Paulista e Quatá, respectivamente, com 14.351 habitantes e 13.893 habitantes, as duas, no entanto, não possuem CEJUSC.

¹⁶ Segundo dados publicados pelo IBGE no Diário Oficial da União em 7 de fevereiro de 2018, com data de referência em 1º de julho de 2017, Estimativa da população residente no Brasil e unidades da Federação com data de referência em 1º de julho de 2017. (IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2017/estimativa_dou_2017.pdf) Acesso em: 19 de setembro de 2018).

Nacional de Justiça, acreditou-se que seria possível o encontro de um vasto número de decisões para que se fizesse a análise.

A definição da quantia de processos analisados em cada comarca seguiu uma delimitação padrão: um mínimo de 100 (cem) decisões de designação ou não de audiência do artigo 334 do CPC em cada comarca¹⁷. Ao final, chegou-se a uma amostra de 572 decisões distribuídas pelas sete comarcas do Estado.

O conjunto das decisões selecionadas foi analisado a partir de uma combinação de descrições quantitativas e análise qualitativas em profundidade dos respectivos conteúdos – o que atende a recomendação metodológica reconhecida para análise de documentos judiciais¹⁸.

A análise das decisões guiou-se, portanto, além da organização de informações gerais, pela verificação da coerência decisória dos magistrados dessas comarcas, a produção de uma explicação do sentido das decisões a partir de interpretação sobre o processo decisório, sobre a forma das decisões e sobre os argumentos produzidos.

Do ponto de vista teórico, o estudo visou interpretar os argumentos adotados nas decisões relativas à audiência de conciliação a partir do contexto mais amplo dos debates que pautam as políticas de acesso à justiça, resolução consensual e gestão do Judiciário. Mais do que respostas definitivas, buscava-se trazer elementos para uma mais acurada análise sobre a velha questão da obrigatoriedade de uma audiência de conciliação no procedimento comum ordinário¹⁹.

2. Resultados gerais – a pouca designação da audiência e a prática dos modelos de decisão

¹⁷ Nas comarcas consideradas "menores", o piso mínimo de 100 decisões foi flexibilizado.

¹⁸ ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. "Pesquisas em processos judiciais". In: **Pesquisar empiricamente o Direito**. São Paulo. Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, pp. 275-320.

¹⁹ Não tem, portanto, qualquer pretensão generalizante. Consoante reconhecida recomendação metodológica, fenômenos complexos e de difícil compreensão - a história da nossa audiência de conciliação, iniciada em 1994, é suficientemente complexa e incompreensível - demandam ser investigados por técnicas próprias, capazes de "promover uma maior quantidade de informações que permita ver o seu objeto de estudo em sua complexidade, em suas múltiplas características e relações". O método de estudos de casos é, nessas situações, o mais indicado. Um caso como definiu Maíra Machado, "é uma construção intelectual que busca oferecer uma apresentação de um fenômeno jurídico, em um contexto específico, a partir de um leque amplo de dados e informações". É o que ocorre com o levantamento empírico desse trabalho.

O dado que se destaca em um exame preliminar das decisões selecionadas é a baixíssima ocorrência de decisões com designação de audiência do artigo 334 do CPC. Em apenas **16%** dos processos que compuseram a amostra analisada foi designada audiência de conciliação.

Esse percentual varia sensivelmente de comarca para comarca. As variações extremas foram observadas nas comarcas consideradas de pequeno porte – apenas 3% em uma delas e 50% na outra. Nas comarcas consideradas maiores, a variação também foi grande – 4% em uma e 25% na outra. Dentre as comarcas consideradas de médio porte, a frequência de designação de audiência é próxima – 20% e 23%. Na Capital, o percentual de designação de audiência de conciliação registrado nos processos analisados foi de apenas 6%.

Gráfico 01 - Proporção de designação de audiência de conciliação por processo nas Comarcas analisadas²⁰

Estratificando a amostra pelo porte das comarcas²¹ e apurando-se seus dados médios, observou-se maior ocorrência de decisões de designação da audiência de conciliação naquelas consideradas médias e menores (respectivamente, 22% e 19%) do que nas maiores e na Capital (14% e 6%, respectivamente) – diferença que fica mais evidente se considerada a desproporção do volume processual em cada um dessas categorias.

Gráfico 02 - Proporção de designação de audiência de conciliação por processo nas categorias de comarca²²

Além da baixa ocorrência, a análise do conteúdo das decisões relativas à aplicação do artigo 334 do CPC revela a adoção considerável, em diferentes comarcas, de modelos padronizados de argumentação. Observou-se casos de utilização repetida de um mesmo

²⁰ Cf. Anexo I.

²¹ Segundo quantitativo populacional, como descrito no item anterior -

²² Cf. Anexo I.

modelo de decisão ou de argumentação, provavelmente criado por um juiz e que recebeu adesão de outros²³.

O dado em si surpreende pouco a quem conhece o funcionamento geral dos foros. O recurso a decisões padronizadas é uma prática bastante comum na gestão do volume de processos na vara, registrada empiricamente já na década de 2000 (Brasil, 2006).

A questão que surge neste caso, relacionada à adesão à regra do artigo 334, diz respeito ao efeito que a adesão coletiva a uma padronização argumentativa teria sobre a opção individual pela designação ou não das audiências nos casos particulares. Em que medida a disponibilização dos modelos, geralmente no sentido da não designação, acaba por influir a análise das circunstâncias peculiares dos casos, reduzindo o potencial e o intuito da norma e da política judiciária correspondente? Conquanto não permitam fazer afirmações conclusivas quanto a essa hipótese, os dados coletados sugerem sua inclusão dentre os elementos que com potencial de afetar a adesão ao artigo 334 do CPC - recomendando, assim, sua inclusão na linha de pesquisas a respeito.

3. Os motivos comumente utilizados para não se designar a audiência do artigo 334 do CPC

Nos casos em que há a designação da audiência de conciliação e mediação, os magistrados costumam encaminhar os casos aos CEJUSC, fazendo ou não expressa referência ao artigo 334. A título de exemplo, é possível observar a decisão que entendeu que deveria ser o feito remetido “ao CEJUSC para designação de audiência de conciliação ou mediação. Nos termos do art. 334, § 3º, do Código de Processo Civil, a intimação do

²³ Há que se ressaltar que das sete comarcas pesquisadas, seis possuíam um mesmo modelo de decisão, qual seja: “Diante das especificidades da causa e de modo a adequar o rito processual às necessidades do conflito, bem como da ausência de interesse da parte autora, deixo para momento oportuno a análise da conveniência da audiência de conciliação (art. 139, VI do CPC e enunciado nº 35 da ENFAM).” Para exemplificar, demonstra-se exemplos de processos com esse teor de decisório: BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Processo nº 1091634-61.2017.8.26.0100. São Paulo, 24 de novembro de 2017. P. 37; BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Processo nº 1000872-05.2017.8.26.0486. Quatá, 18 de julho de 2017. P. 29; BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Processo nº 1055395-04.2017.8.26.0506. Ribeirão Preto, 16 de novembro de 2017. P. 37; BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Processo nº 1002912-15.2017.8.26.0597. Sertãozinho, 19 de maio de 2017. P. 195-196; BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Processo nº 1002413-16.2017.8.26.0505. Ribeirão Pires, 26 de julho de 2017. P. 28; BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Processo nº 1019141-13.2017.8.26.0577. São José dos Campos, 25 de julho de 2017. P. 39;

autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado. Cite(m)-se com as advertências legais. Intime-se”.

Nos casos em que não há a designação da audiência - a grande maioria, como se viu - a motivação é variada, sendo possível encontrar alguns grupos mais comuns de decisões e respectivos fundamentos, sistematizados em caráter exemplificativo nos itens a seguir.

3.1. A flexibilização procedimental como justificativa para a não designação da audiência de conciliação

Um dos motivos comumente invocados para justificar a não designação da audiência do art. 334 do CPC - encontrado em seis das sete comarcas pesquisadas - é o do princípio da flexibilização procedimental, presente em regras do CPC e reforçado em enunciados administrativos do Poder Judiciário. Esse fundamento aparece no seguinte formato decisório, aqui apresentado ilustrativamente “Diante das especificidades da causa e de modo a adequar o rito processual às necessidades do conflito, deixo para momento oportuno a análise da conveniência da audiência de conciliação. (CPC, art. 139, VI e Enunciado n.º 35 do ENFAM)”.

O dispositivo legal invocado é o que, dentre os poderes delegados ao juiz no processo, o de dilatar prazos processuais e alterar ordem de produção de provas²⁴. O enunciado da Escola Nacional da Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) também mencionado amplia-lhe a incidência para além das hipóteses legais, desde que “observadas as garantias fundamentais do processo”²⁵. Conjugados, eles têm servido para justificar a não incidência da obrigatoriedade da designação da audiência do artigo 334, sugerida pelo tempo verbal imperativo do texto legal²⁶.

Esse tipo de decisão não contém uma deliberação expressa pela não designação da audiência do artigo 334, o que iria de encontro à compulsoriedade do texto legal. Em vez

²⁴ CPC, art. 139. “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.”

²⁵ ENFAM, En. n. 35: “Além das situações em que a flexibilização do procedimento é autorizada pelo art. 139, VI, do CPC/2015, pode o juiz, de ofício, preservada a previsibilidade do rito, adaptá-lo as especificidades da causa, observadas as garantias fundamentais do processo”.

²⁶ 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 (...)” (g.n.)

disso, diz promover o adiamento da decisão sobre a designação para “momento oportuno”. Do ponto de vista prático, porém, a consequência é a não designação da audiência tal qual fora alocada no rito ordinário.

A estratégia, também presente em outros tipos de decisão como veremos abaixo, revela um baixo grau de internalização da política de resolução consensual de disputas veiculada pelo artigo 334, que trouxe a tentativa de conciliação para antes de consolidada a atividade processual mais propriamente contraditória e, supostamente, litigiosa.

Enfrentando esse ponto, foram encontradas decisões que, aderindo a teses doutrinárias, argumentam pelo caráter não absoluto da política de resolução consensual e da própria obrigatoriedade da designação da audiência. Segundo essa leitura, o CPC/2015 implantara as regras sobre a audiência prévia na tentativa de substituir a chamada “cultura da sentença” pela “cultura da pacificação”, mas não teria adotado tal política em caráter absoluto, do que seria possível entender pela relativização da regra do artigo 334 do CPC. Veja-se exemplo desse tipo de decisão “Outrossim, cumpre destacar o entendimento de José Miguel Garcia Medina ao concluir que o CPC/2015 é parte de um esforço, no sentido de substituir, ainda que gradativamente, a cultura da sentença pela cultura da pacificação, mas a nova lei processual não adotou essa postura de modo absoluto”.

O adiamento da designação da audiência do art. 334 também se funda em outros poderes do juiz, além dos do artigo 139, VI. Invocando o artigo 359, que atribui ao juiz a possibilidade de tentar a conciliação das partes antes da audiência de instrução e julgamento, algumas decisões postergam para momento posterior a tentativa de autocomposição que aconteceria com a audiência do art. 334. Também invocam, como reforço constitucional, a remissão à garantia da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII). Como exemplo deste tipo de decisão:

Uma vez que o artigo 359, do CPC, atribuiu ao juiz a possibilidade de tentar a conciliação das partes, antes do início da instrução e julgamento, fica postergada para esta fase, a possibilidade da autocomposição das partes, ocasião em que serão empregados os métodos de conciliação e mediação para tanto, a fim de salvaguardar a duração razoável do processo.

Além dos poderes do juiz, foram encontradas decisões que invocam a existência de outros canais de resolução consensual de disputas além da audiência do artigo 334, como

os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, os CEJUSC. Em algumas decisões, os canais paralelos encontram-se fora do processo judicial e do Poder Judiciário, o que, contudo, não dificulta que sejam invocados para justificar a não designação da audiência do artigo 334.

Em uma das comarcas analisadas, a estruturação de um programa de conciliação extraprocessual pela OAB local passou a ser utilizado como fundamento para a não designação da audiência de conciliação do rito ordinário. As decisões invocam a conveniência de se promover estímulo institucional ao projeto da OAB, o que a eventual designação da audiência judicial poderia comprometer.

Mas cabe lembrar que, além do CEJUSC (Centro Judicial de Solução de Conflitos e Cidadania), está em funcionamento na comarca o PROJETO OAB CONCILIA, o qual possibilita às partes e seus advogados que promovam, a qualquer tempo, reunião de conciliação no prédio da OAB, bastando que o advogado interessado telefone à OAB, reserve data e horário que seja conveniente e se encarregue de enviar carta convite à parte contrária, cujo modelo está disponibilizado pela OAB. O Poder Judiciário, em contrapartida, compromete-se a promover a homologação do acordo e o cumprimento em regime de urgência. Assim sendo, havendo interesse noticiado nos autos por petição, o processo poderá ser suspenso para tentativa de conciliação via PROJETO OAB CONCILIA. Acreditamos que essa parceria entre a OAB e o Poder Judiciário é mais um instrumento que pode contribuir para a construção de uma sociedade mais justa, harmônica e solidária.

A possibilidade legal de homologação judicial do eventual acordo obtido junto ao canal extrajudicial de resolução consensual complementa a fundamentação da não designação da audiência. A motivação é reforçada pelo anúncio, pelo juiz, da possibilidade de suspensão do processo se requerida pelas partes, bem com a homologação e cumprimento do acordo obtido em regime de urgência.

De outro turno, a autonomia da vontade das partes também é articulada à flexibilização do procedimento para motivar a não designação da audiência do art. 334. Conjugado ou não aos fundamentos acima apresentados, essas decisões lembram a faculdade atribuída em lei de as partes requererem a não designação, equiparando-a aos pressupostos processuais atinentes à petição inicial. Como exemplo, as decisões que, com

base no artigo 319, VII do CPC²⁷, aduzem ser um requisito da petição inicial a demonstração de vontade pela realização da audiência de conciliação, de sorte que, ausente tal manifestação, haveria renúncia implícita à designação da audiência. Nesse sentido, observa-se a decisão abaixo.

Sem prejuízo de designação de audiência a qualquer tempo, havendo interesse das partes nisso (NCPC, art. 139, inc. V), atento ao fundamento constitucional da cidadania (CRFB, art. 1º, in. II), ao direito da garantia constitucional de duração razoável do processo (CRFB, art. 5º, inc. LXXVIII) e aos princípios que orientam o NCPC (art. 1º, art. 3º, §2º, e art. 4º), em especial o da voluntariedade (art. 6º), o da autonomia da vontade (art. 166) e o da eficiência (art. 8º), atento à natureza desta ação (ou seja, da dinâmica e dos resultados de ações semelhantes já em trâmite por este juízo), mostra-se contraproducente, neste momento processual, a designação de audiência. Nesse sentido, cite-se a parte ré (CPC, art. 344 e art. 335) para contestar a ação, em 15 dias úteis, sob pena de presumirem-se verdadeiros os fatos afirmados pela parte autora.

Na mesma linha, há decisões que justificam a não designação da audiência pela possibilidade da celebração de negócio jurídico processual (art. 190 do CPC²⁸). Se o legislador concedeu às partes a faculdade de alterar, em conjunto, o procedimento, o juiz também estaria autorizado a, analisando a causa, suprir a designação da audiência prévia. Veja-se exemplo desse tipo de decisão:

Nessa seara, nos termos do artigo 190, do CPC, se o objeto da ação versa sobre direito que admite autocomposição, tratando-se de partes capazes, é lícito alterar-se o procedimento processual para ajustá-lo às especificidades da causa. Ora, se as partes podem estipular alteração no procedimento, o juiz – que deve zelar pela duração razoável do processo (artigo 139, II, do CPC) pode, observada a realidade da causa, fazer o mesmo, suprimindo, p. ex., aquela audiência inicial de conciliação (artigo 334, do CPC).

Há ainda decisões que sustentam a flexibilização da obrigatoriedade legal por argumentos de ordem utilitarista. A realização da audiência no momento determinado pelo

²⁷ CPC, art. 319. "A petição inicial indicará: (...) VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação."

²⁸ CPC, Art. 190. "Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo."

legislador seria contraproducente em termos de obtenção de acordo. Segundo esse tipo de decisão, seria mais adequada a realização da audiência após a réplica, quando já haveria elementos para a convicção das partes quanto às perspectivas para o julgamento e, assim, a disposição de cada uma para o acordo.

Deste modo, considerando a dilatação temporal que seria imposta de maneira inócua ao processo com a designação da audiência inaugural, bem como a necessidade de observância da garantia constitucional de duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII,CF), posterga-se para depois da réplica sua realização, se o caso, propiciando que a antecipação na oferta de elementos de convicção pelas partes, na forma do artigo 139, VI,CPC, torne a tentativa de composição mais viável.

Variados fundamentos são invocados para justificar a flexibilização da regra legal e a não designação da audiência do artigo 334 do CPC. Desde considerações sobre a natureza da política pública envolvida, a extensão dos poderes do juiz no processo e o âmbito de liberdades das partes quanto às regras de procedimento, a existência de outros caminhos para a resolução consensual que não a audiência e, ainda, um juízo de conveniência utilitária quanto à opção legislativa.

3.2. Incapacidade estrutural do Judiciário para realizar as audiências de conciliação

O argumento da não conveniência da realização da audiência, diferentemente do que entendeu o legislador, é decomposto em outras variâncias. Uma delas, bastante recorrência nas decisões analisadas, invoca a carência de estrutura judiciária adequada para justificar a não realização da audiência. Como base legal, essas decisões geralmente invocam o dever de o juiz zelar pela duração razoável do processo, nos termos do artigo 139, II, do CPC/2015. Veja-se um exemplo do gênero:

Anoto que não será feita a audiência de conciliação de que fala o artigo 334 do CPC. Isto porque não há viabilidade material de realização desta audiência por ausência de estrutura. É importante notar que entre os deveres do magistrado está o de zelar para que o feito se desenvolva segundo a promessa constitucional da duração razoável do processo nos termos do artigo 139, II, do CPC. Nesta quadra, diante da impossibilidade física de realização da audiência de conciliação de que fala o artigo 334 do CPC, fica ela dispensada.

O diagnóstico que aponta existir uma crise estrutural do Judiciário, intensificada com a necessidade de se harmonizar com a exigência constitucional da razoável duração do processo, minaria a política judiciária de resolução consensual e, no concreto, impediria a aplicação do artigo 334 do CPC em sua integralidade.

Considerando a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil [Lei 13.106/2015], é forçoso reconhecer que referido diploma legal já nasce marcado por verdadeira situação de crise, visto que as atuais estruturas que compõem o Poder Judiciário afiguram-se incapazes, em termos de eficácia jurídica, de implementar uma solução satisfatória, em que se possa, eficazmente, harmonizar os princípios de rápida solução do litígio/conflito e busca deste, inicialmente, mediante a autocomposição das partes.

A imposição legal da realização da audiência em todos os casos não enquadrados nas exceções previstas somada à exigência de tutela jurisdicional efetiva em prazo razoável acabaria, segundo as decisões, por comprometer o desempenho das funções precípua do Judiciário, com risco de desarranjo ainda mais crítico do tecido social.

Com efeito, a situação de crise citada inicialmente prendem-se a uma situação de crise estrutural que pode, por consequência, levar a uma situação de crise de identidade, pela inobservância da norma constante no artigo 4º, do CPC em vigor, segundo a qual “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.” Considerando que a missão precípua do juiz resume-se em velar pela duração razoável do processo (CPC, artigo 139, inciso II), impõe-se harmonizar os princípios constante no novo Código de Processo Civil, a fim de adequá-los à realidade fática do próprio Poder Judiciário, sob pena de se permitir que uma crise de estruturas funcionais do Poder Judiciário acabe desaguando em uma crise de identidade, o que acarretar a própria desestruturação da função precípua do Poder Judiciário, com reflexos inimagináveis no tecido social brasileiro.

A existência de outros caminhos para as partes tentarem a resolução consensual que não a audiência do rito ordinário - argumento que também aparece para justificar a flexibilização da regra da obrigatoriedade, como visto no item anterior - reforça o fundamento da própria crise estrutural, como na decisão que entendeu que “ nada impede que as partes, em querendo, façam reuniões em seus escritórios (artigo 3, parágrafo 3, do

CPC), podendo também peticionar ao juízo ante eventual possibilidade concreta de acordo para que seja feita audiência aqui”. O trecho retro exposto é complemento de uma das decisões transcritas acima

A estrutura criada para instrumentalizar as tentativas de resolução consensual, inclusive as audiências de conciliação - os CEJUSC - não parece suficiente para motivar a aplicação da regra do artigo 334. Pelo contrário, a constatação de que essa estrutura não está presente em todas as comarcas é comumente utilizada para justificar a não designação das audiências, sob pena de agravamento da crise estrutural do Judiciário. Nesse sentido:

Sendo o método de conciliação e mediação uma das hipóteses pelas quais se busca a solução do litígio/conflito, é forçoso reconhecer que, não podendo ele ser utilizado, indiscriminadamente, em caráter absoluto, para todas ações distribuídas todos os dias perante o Poder Judiciário, até que os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania [CEJUSC], cuja criação foi prevista na Resolução 125, do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010, estejam devidamente estruturados em termos funcionais, a fim de que prestem serviço público adequado e eficaz à finalidade a que se destinam, impõe ao juiz adotar a solução que melhor venha a evitar a situação de crise em potencial existente, desde que preservados os princípios do devido processo legal e segurança jurídica que as normas processuais devem salvaguardar.

A existência de estrutura de CEJUSC na comarca também não elimina o uso do argumento da carência estrutural do Judiciário. Em algumas decisões, o CEJUSC foi mencionado para observar que, mesmo quando disponível, não possuiria condições para atender às audiências de todos processos ali ingressos.

Com fundamento no princípio constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal), e no art. 139, II, e VI, do CPC/2015, deixo, por ora, de aplicar o disposto no art. 334 do Código de Processo Civil, vez que notório o conhecimento desta juíza que o CEJUSC local não possui, por ora, estrutura para designação de audiência a todas as ações que dão ingresso à Comarca.

O fundamento da incapacidade estrutural também costuma ser associado àquele outro de ordem utilitária, segundo o qual a audiência não traria benefícios ao processo -

que também aparecerá no item anterior, para justificar a flexibilidade procedimental. Segundo essas decisões, a designação de audiência sem a expressa manifestação das partes sobre o desejo de conciliar resultaria apenas em "prolongamento processual":

É cediço que a resolução de conflitos por meio da autocomposição traz concretos benefícios para as partes e Judiciário, que conta com o apoio máximo desta juíza, todavia, além da falta de estrutura do CEJUSC, no caso em exame, a designação da audiência sem a manifestação das partes representaria em inegável prolongamento do processo.

Há decisões que, com recurso a dados numéricos, projetam um cenário caótico de funcionamento da vara acaso designadas audiências de conciliação em todos os processos ingressantes. Segundo essas decisões, considerando a movimentação processual local, seria preciso designar mais de dez audiências por dia, o que não seria possível diante da estrutura material e humana disponível e sem comprometimento da razoável duração dos processos:

Com efeito, de acordo com a planilha/estatística mensal de fevereiro de 2016 desta Vara Cível, tramitam neste juízo mais de 10.000 processos, com distribuição mensal, em média, de 200 novos feitos. Evidentemente que o paroxismo da aplicação (sem a contagem de feriados) do art. 334, do CPC, implicará na designação diária de 10 novas audiências de conciliação e mediação, sem, contudo, existir, em contrapartida, estrutura material e recursos humanos adequados neste juízo. Restará inviabilizado, portanto, a famigerada celeridade propugnada pelo legislador que, ao buscar transformar a realidade forense por meio do Direito parece ter olvidado os percalços e toda série de dificuldades existentes.

Paralelamente à incapacidade estrutural, houve decisões que invocaram a insuficiência de qualificação profissional para as tentativas de resolução consensual - outra questão central das políticas judiciárias do gênero:

A audiência prevista no artigo 334 do CPC foi idealizada para ser realizada por conciliador ou mediador. Em não havendo, por ora, na Comarca, conciliadores e mediadores suficientes para a realização da conciliação/mediação prévia e, tendo em vista a necessidade de prestação jurisdicional em prazo razoável (art. 5º, LXXVIII, CF), bem como considerando que a conciliação poderá se dar a

qualquer tempo no curso do processo, (art.139, V e VI, CPC), deixo de determinar sua realização, por ora. (Enunciado 35 da ENFAM).

O fundamento da incapacidade estrutural do Poder Judiciário foi recorrentemente invocado nas decisões analisadas para justificar a não designação das audiências do artigo 334 do CPC. Dentre os argumentos usados, destacam-se o da ausência dos CEJUSC em algumas comarcas, a incapacidade desses Centros (quando existentes) atenderem toda a demanda e, ainda, a falta de qualificação profissional suficiente para as tentativas de resolução consensual. Conjugados a esses fundamentos, aquele já conhecido da inviabilidade de se realizar as audiências de conciliação sem comprometimento do funcionamento das varas e da razoável duração dos processos.

a. O confronto da regra do artigo 334 do CPC com princípios constitucionais

A eventual inconstitucionalidade do artigo 334 do CPC, conquanto não declarada oficialmente, também é utilizada para justificar a não designação da audiência. Os fundamentos centram-se principalmente nas garantias da duração razoável do processo (CF, art. 5º, inc. LXXVIII²⁹) e da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, inc. XXXV³⁰) - além de uma menção um tanto genérica à liberdade individual. A decisão abaixo esclarece a construção de fundamentos no sentido da inconstitucionalidade da regra legal do CPC.

E mais, não obstante a profícua *mens legis* que permeia o art. 334, do novel CPC, a natureza “compulsória” da conciliação e mediação, pedra angular trazida à lume no novo Código de Processo, poderá se mostrar deveras arbitrária aos jurisdicionados, sobremaneira ao litigante que não aquiescer com o ato processual, hipótese esta não contemplada nas exceções previstas no §4º, do art. 334, contrariando, portanto, um dos pilares máximos da Constituição da República de 1988 que é a liberdade individual.

A referência à liberdade individual das partes também aparece em decisões que justificam a não aplicação da multa cominada para o não comparecimento da parte à audiência, considerado pelo CPC ato atentatório à jurisdição:

²⁹ "LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

³⁰ "XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;"

Além disso, cumpre observar que, nos termos do parágrafo 8º, do artigo 334, a ausência injustificada das partes à audiência de conciliação ou de mediação é considerada ato atentatório à dignidade da justiça, sendo reprimida com multa de até 2% da vantagem econômica visada pelo demandante ou do valor da causa, ônus que se mostra demasiado grave e abusivo às partes, vez que, tecnicamente, não há, sequer, lide formada. Tal imposição fere princípio igualmente importante da nova legislação processual, no caso, o da autonomia vontade, decorrente da previsão normativa de que o Estado não pode interferir se as partes não quiserem a conciliação.

Em sentido correspondente, há decisões que invocam uma miríade de princípios constitucionais e infraconstitucionais para justificar a não aplicação do artigo 334 do CPC. Dentre os destaques, o fundamento constitucional da cidadania, um princípio da voluntariedade e da autonomia da vontade, além da razoável duração do processo e eficiência. A decisão abaixo é um esclarecedor exemplo:

Sem prejuízo de designação de audiência a qualquer tempo, havendo interesse das partes nisso (NCPC, art. 139, inc. V), atento ao fundamento constitucional da cidadania (CRFB, art. 1º, in. II), ao direito da garantia constitucional de duração razoável do processo (CRFB, art. 5º, inc. LXXVIII) e aos princípios que orientam o NCPC (art. 1º, art. 3º, §2º, e art. 4º), em especial o da voluntariedade (art. 6º), o da autonomia da vontade (art. 166) e o da eficiência (art. 8º), atento à natureza desta ação (ou seja, da dinâmica e dos resultados de ações semelhantes já em trâmite por este juízo), mostra-se contraproducente, neste momento processual, a designação de audiência.

O modo como as decisões de não designação da audiência constrói o fundamento de que a regra do artigo 334 do CPC³¹ confrontaria a autonomia da vontade das partes pode ser exemplificado pelo trecho decisório seguinte:

³¹ Sobretudo seus parágrafos §§ 4º e 8º: “§4º A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição.”; “§ 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.”

Não obstante o disposto no artigo 334 do Código de Processo Civil, em casos como o presente não concorda, sequer, com a realização da conciliação, restando esta infrutífera por absoluta falta de interesse na composição amigável. Neste sentido, atento aos princípios norteadores do referido diploma, sobretudo a celeridade (que também é princípio constitucional), entendo que, no caso concreto, a conciliação deve ser dispensada.

A exigência constitucional de eficiência administrativa, razoável duração dos processos e igualdade também aparecem combinadas de um modo a justificar a não designação das audiências de conciliação. Pela projeção do cenário de designação de audiências em todos os processos, as decisões argumentam que isso acarretaria ainda maior morosidade processual, com a possibilidade de beneficiar uma das partes e comprometer a igualdade processual. Segundo as decisões, esse cenário comporia um outro foco de inconstitucionalidade decorrente da aplicação da regra do CPC.

E mais, a prevalecer o enunciado do art. 334, do CPC, outra solução não restaria a este magistrado senão designar as audiências para períodos cada vez mais longos, sepultando, de uma vez por todas, a almejada celeridade jurisdicional, como é cediço, o coeficiente tempo contribui sobremaneira para a perpetuação das injustiças em favor da parte litigante que deu causa à instauração do litígio, beneficiando-a, de forma ilícita, até o justo deslinde do feito, em manifesta violação ao princípio aristotélico (e normativo constitucional) da igualdade, previsto no art. 5º, inc. I, da Constituição da República de 1988, fato este que, por corolário lógico, será agravado com a imposição coercitiva da audiência de conciliação.

As decisões também invocam a morosidade processual que, pela experiência, se percebeu acontecer em razão das designações das audiências e as tentativas, geralmente inexitosas, de citação dos réus. Segundo as decisões, a prática teria revelado que, ao designar a audiência, determina-se também a citação do réu para comparecimento, o que nem sempre é efetivado. As tentativas de concretizá-la atrasariam tanto a audiência quanto o processo em geral. Veja-se:

Este Juízo, há algum tempo, vem observando, especificamente no que se refere ao procedimento sumário, que as audiências prévias de tentativa de conciliação (nos moldes do artigo 285 do Código revogado), têm provocado maior demora

na solução dos processos. Isso porque são incontáveis os casos de redesignações de audiências por impossibilidade temporal de citação dos réus;

A relativa baixa ocorrência de acordos, mensurada estatisticamente nas varas, também é invocada como fundamento para a não designação da audiência. Segundo as decisões, diante desse cenário, a não designação promoveria melhores resultados em termos de andamento dos processos.

Além disso, é insignificante o número de acordos realizados nessas audiências iniciais. Não foi outra a razão pela qual essa e outras Varas da Comarca, após levantaram dados estatísticos e constataram o baixo índice de acordos em audiências preliminares, passaram a simplificar o procedimento, dispensando a audiência inicial de tentativa de conciliação prevista, anteriormente, no rito sumário. Essa experiência revelou melhor resultado prático para o andamento do processo.

Complementarmente, o prolongamento das pautas de designação de audiências, intensificado pela regra da obrigatoriedade, reduziria, segundo as decisões, o tempo disponível para as tentativas de soluções consensual nos casos em que ela se mostrasse mais adequada. Diante disso, as decisões reservam as audiências apenas a esses casos, justificada a não designação nos demais:

Assim, a sobrecarga dos mecanismos e o necessário alongamento da pauta teriam o efeito de prejudicar a célere fluência processual, em direto prejuízo, ainda, dos processos em que há maior potencial de que seja positiva a autocomposição. Por isso, e como no presente caso existe baixa probabilidade de acordo, afigura-se melhor que a audiência prévia seja reservada para os casos em que a probabilidade de composição é maior.

A jurisprudência formada quando da vigência do CPC de 1973, relativa ao então artigo 331 do CPC, também é invocada para justificar o adiamento da designação da audiência de conciliação. À época, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a não designação da audiência não acarretaria nulidade. Geralmente, esse fundamento complementa aquele que busca preservar a celeridade processual, como aparece na decisão “Para melhor prestigiar o princípio da celeridade e eficácia do processo; atenta à remansosa jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que já assentou

o entendimento de que não importa nulidade do processo a não realização de audiência de conciliação; posponho a tentativa de conciliar as partes”.

b. Partes indispostas para realização de acordo

Foram encontradas decisões que remetem ao comportamento e expectativas das partes litigantes o critério para a designação ou não da audiência do artigo 334. Segundo essas decisões, determinadas partes já demonstraram indisponibilidade para a realização de acordo, o que seria suficiente para justificar a não designação da audiência.

Os bancos estão entre as partes cujo comportamento evidenciado em anteriores tentativas de acordo endossaria a desnecessidade de audiência. Nesse sentido, a decisão que, “considerando a notória indisposição do Banco para acordo, relego a tentativa de conciliação para fase posterior.”

Os órgãos estatais, como o INSS, também são lembrados dentre aquelas partes que não possuem política de acordo antes da produção de provas, o que também justificaria a não designação.

Essas decisões geralmente apareceram em comarcas menores. Em uma delas, a decisão sobre a designação dá notícia de ofício da Advocacia Geral da União que comunica a insuficiência de pessoal em número suficiente para participar das audiências, requisitando não sejam designadas em seus processos. Nesse sentido, a decisão:

Finalmente, a autorização expressa para a não realização do ato “quando não se admitir a autocomposição” (CPC, 334, § 4º, II) deve ser interpretada extensivamente, incluindo os casos em que a autocomposição é bastante improvável. E isto cabe ao Juiz verificar no caso concreto. No caso, o INSS não tem hábito, nesta unidade, de fazer acordos na fase preliminar de processo, sem que provas tenham sido colhidas. E ademais, conforme ofício recebido da AGU, foi requisitado ao juízo a não designação das referidas audiências inaugurais em vista da ausência de pessoal em número suficiente para suportar a prática do ato. Assim, deixo de designar a audiência neste momento, sem prejuízo de fazê-lo oportunamente, se o caso dos autos mostrar que será adequada para abreviar o acesso das partes à melhor solução da lide.

Quanto às autarquias federais, no caso de quando o INSS é parte no processo, vê-se que as audiências são dispensadas, ao menos nas decisões da amostra. Há casos, inclusive,

que o próprio juiz consigna que a autarquia tem se comportado indisposta a realização de acordos. Nesse sentido, a decisão conota que “observa o Juízo que a Autarquia/ré não tem celebrado conciliação, razão pela qual deixo de designar audiência prévia”.

As decisões também justificam a não designação em relatos de casos em que os prepostos de certos litigantes comparecem às audiências sem poderes para transigir, o que acaba por torná-las inócuas, pois, conforme a decisão “ante as peculiaridades do caso concreto deixo de designar audiência de conciliação, notadamente porque em casos como o presente as instituições bancárias se fazem representar por preposto sem poderes para a celebração de acordo.”

5. Decisões com pouca ou nenhuma justificativa para a não designação

O levantamento também identificou decisões com poucos ou nenhuma motivação para a não designação da audiência do artigo 334 do CPC. Geralmente são decisões em que, em despacho inicial, determina-se diretamente a citação do réu para apresentar contestação em 15 dias sem qualquer menção à audiência de conciliação e mediação. Há também casos de decisões breves com fundamentação lacônica, em que apenas se ressaltou que ela seria designada em fase posterior. Nesse sentido, a decisão dos magistrados se resumia apenas em apresentar que “a tentativa de conciliação, se for o caso, será realizada em fase posterior.”

Na mesma categoria, algumas decisões apenas determinaram que “por não vislumbrar na espécie, diante da natureza da controvérsia posta em debate, a possibilidade de composição consensual, deixo de designar a audiência a que alude o disposto no artigo 334 do Código de Processo Civil”.

Algumas exceções também foram encontradas e merecem ser mencionadas. É o caso do juiz que entendeu que há uma diversidade de réus e que devido a isso haveria dificuldade na localização momentânea deles, dispensando, assim, a audiência prévia. A decisão, na íntegra, denota que “ante a diversidade de réus, bem como a possível dificuldade de localização momentânea de todos eles, fica, por ora, dispensada a audiência prévia”.

Considerações conclusivas

As tentativas de internalizar a realização de uma audiência de conciliação no sistema processual civil brasileiro, que já contam mais de vinte e cinco anos, encontram dificuldades que vão muito além da existência de uma regra legal nesse sentido - ou mesmo do seu rigor, clareza ou precisão técnica legislativa. Tudo indica que se trata de uma questão mais complexa, com fundo na percepção dos atores do sistema de justiça e nas práticas insculpidas em sua consciência jurídico-processual.

A análise do conteúdo de decisões judiciais que, a despeito da obrigatoriedade legal, optaram pela sua não designação permite começar a identificar traços da consciência jurídica coletiva acerca da chamada "justiça consensual" e sua internalização na litigância civil brasileira. Além disso, permite identificar esses traços a partir da percepção dos atores centrais do sistema de justiça, os magistrados e magistradas incumbidos da condução dos processos judiciais cíveis.

Este artigo sistematiza dados gerais e apresenta os fundamentos mais comuns em decisões judiciais que não designaram a audiência do artigo 334 do CPC, no âmbito da Justiça estadual paulista. Além do baixo percentual de designação das audiências, em torno de 16% na amostra selecionada para o estudo, chamam atenção os motivos e a "argumentação" construída nessas decisões para justificar o desvio diante do claro comando legal determinando a sua designação. Não tanto pela plausibilidade e correção das decisões e seus fundamentos - o que é difícil avaliar sem tomar em conta os elementos concretos e o contexto em que foram tomadas; e o que, a bem dizer, não é objetivo deste artigo.

Os motivos adotados nas decisões chamam a atenção porque i) são variados, ii) fazem combinações de argumentos de diferente natureza e estatura hermenêutica e iii) revelam uma dificuldade concreta que nem mesmo a criatividade retórica das decisões consegue esconder. Mais uma vez, a razão última para a dificuldade da incorporação das audiências de conciliação no processo civil está além do que as fundamentações jurídicas podem captar.

Alguns grupos de motivos revelaram-se mais frequentes nas decisões. Primeiramente, uma miríade de fundamentos para justificar o que é chamado nas decisões de "flexibilização procedimental": o não cumprimento da regra que determina a designação da audiência em todos os casos que não as hipóteses ali excepcionadas

(desinteresse expresso de ambas as partes e não admissão da autocomposição). Formalmente, a decisão não reconhece que a audiência não será designada; seus termos sugerem que, com base na flexibilidade procedimental, ela será designada oportunamente.

Os fundamentos invocados oscilam entre os poderes do juiz para a designação posterior até a liberdade das partes de definirem o procedimento para a sua disputa, passando por críticas à política judiciária de fundo, existência de outros canais para a resolução consensual além da audiência e, ainda, aportes de opiniões quanto à viabilidade da opção feita pelo legislador. Em todos os casos, entretanto, os fundamentos parecem ter um único objetivo: justificar a “adaptação” da regra legal.

Outro conjunto de fundamentos para justificar a não designação das audiências assume um perfil realista. Remetem a um cenário de crise da Justiça brasileira e a alegada incapacidade estrutural para realizar audiências de conciliação em todos os processos cíveis. Porque menos jurídicos e sem algum amparo normativo formal, esses fundamentos parecem mais próximos do que seriam as razões práticas que podem explicar a indisposição coletiva com a resolução consensual e a audiência de conciliação.

Na mesma seara realista parecem estar as decisões que remetem à indisposição de algumas partes em realizar acordos - como bancos e autarquias estatais -, ainda que seu desinteresse não esteja expresso nos autos, na forma do parágrafo 4º do artigo 334. Algumas decisões invocam a própria experiência com esses “grandes litigantes” para justificar a inutilidade da designação da audiência, o que também não deixa de apontar para o motivo de fundo que explica a dificuldade prática da justiça consensual no Brasil.

No outro extremo, da fundamentação com traços de formalismo jurídico, estão as decisões que invocam um baile de princípios e regras constitucionais a justificar a não realização das audiências: a eficiência, a garantia da razoável duração dos processos, a inadaptação do controle jurisdicional, a liberdade individual (no caso, das partes, de não se submeterem forçosamente a uma tentativa de resolução amigável), a autonomia da vontade, entre outros. Algumas decisões chegam a classificar como inconstitucional a regra do artigo 334 - conclusão que, conquanto pouco elaborada, lhes dá a segurança retórica suficiente para afastar a regra e não designar a audiência.

É possível que a fundamentação que melhor represente as dificuldades da incorporação da audiência de conciliação no processo civil brasileiro - embora pouco diga

sobre a designação da audiência no caso concreto - seja a das decisões com pouca ou sem qualquer fundamentação, também identificadas no levantamento. “A tentativa de conciliação, se for o caso, será realizada em fase posterior.” Explicação mais direta e transparente para a nossa disposição com a resolução consensual, difícil encontrar: a designação da audiência é obrigatória, mas a regra não será aplicada; algum dia, talvez, se for o caso...

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES DA SILVA, P. E. **Gerenciamento de processos judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ALVES DA SILVA, P. E. Pesquisas em processos judiciais. In: MACHADO, M. R. (Coord.). **Pesquisar empiricamente o Direito**, São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, v. 1, p. 275 – 320.
- ASSIS, A. **Processo Civil Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 3
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes**. Brasília: 2011.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2018**. ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018.
- CÂMARA, A. F. **O novo processo civil brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Forense, 2017.
- DIDIER JR, F. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.
- FREITAS FILHO, R.; LIMA, T. M.; Metodologia de análise de decisões – MAD. **Universitas Jus**. Brasília: v. 27, n.3, p. 1-17, 2016.
- GAJARDONI, F. et al. **Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015**. 2 ed. São Paulo: Método, 2016. v. 2.
- GRINOVER, A. P.; Os fundamentos da Justiça Conciliativa. In: GRINOVER, A. P. (Coord.); WATANABE, K. (Coord.); NETO, C. L. (Coord.). **Mediação e**

gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas S.A, 2008, p. 71-76.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Estimativas da população residente no Brasil e unidades da federação com data de referência em 1º de julho de 2017. São Paulo, 2017

LACERDA, G. **Despacho saneador.** Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1953.

LUCHIARI, V. F. L. **Mediação judicial: análise da realidade brasileira origem e evolução até a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça.** Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MACHADO, M. R. O estudo de caso na pesquisa em direito, In: MACHADO, M. R. (Coord). **Pesquisar empiricamente o Direito.** São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 357 - 390.

MENDONÇA, F. H. **Entrando em consenso sobre a obrigatoriedade da audiência de conciliação ou mediação preliminar.** 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

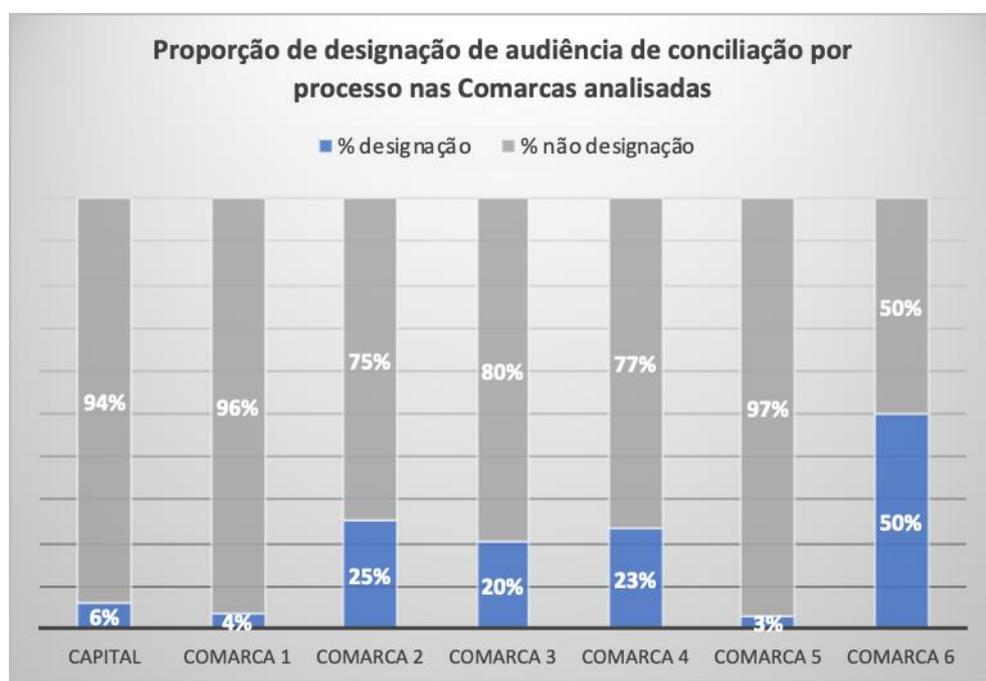
PARAVELA, T. C. **A obrigatoriedade da designação da audiência de conciliação (CPC, art. 334) em comarcas do estado de São Paulo.** 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018.

PINTO, B. et al. **Processo oral.** Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940.

WATANABE, K. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, F. L. (Coord.); MORAES, M. Z. (Coord.); **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, p. 683-689.

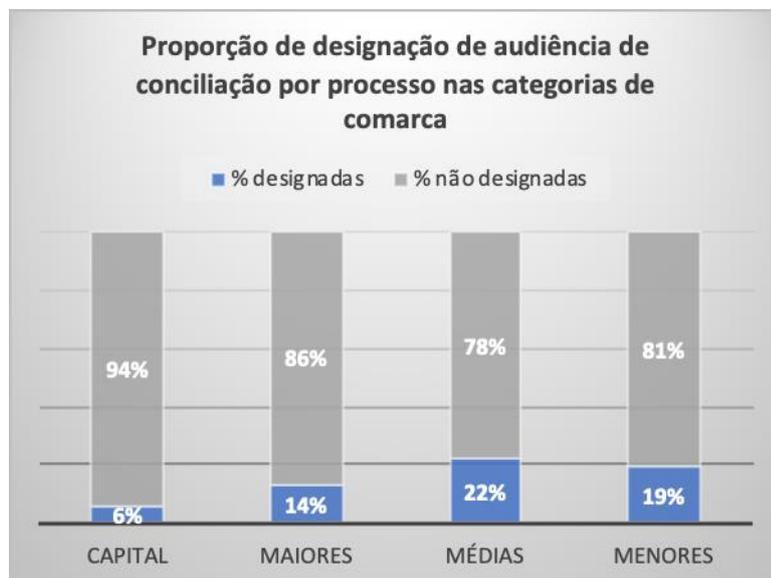
ANEXO I – Gráficos 1 e 2

Gráfico 01 - Proporção de designação de audiência de conciliação por processo nas Comarcas analisadas



Fonte: Produção própria (2020)

Gráfico 02 - Proporção de designação de audiência de conciliação por processo nas categorias de comarca



Fonte: Produção própria (2020)

ANEXO II - Referências das decisões apresentadas neste artigo

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Processo nº 1001282-49.2017.8.26.0426. Patrocínio Paulista, 28 de agosto de 2017. P. 78-79.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Processo nº 1000872-05.2017.8.26.0486. Quatá, 18 de julho de 2017. P. 29.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Processo nº 1002413-16.2017.8.26.0505. Ribeirão Pires, 26 de julho de 2017. P. 28.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Processo nº 1003107-82.2017.8.26.0505. Ribeirão Pires, 08 de agosto de 2017. P. 59.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Processo nº 1004079-52.2017.8.26.0505. Ribeirão Pires, 20 de outubro de 2017. P. 115-116.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Processo nº 1001700-41.2017.8.26.0505. Ribeirão Pires, 09 de maio de 2017. P. 41.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Processo nº 1004660-67.2017.8.26.0505. Ribeirão Pires, 29 de novembro de 2017. P. 16-17.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Processo nº 1003384-98.2017.8.26.0505. Ribeirão Pires, 24 de abril de 2018. P. 46-47.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Processo nº 1003307-89.2017.8.26.0505. Ribeirão Pires, 17 de novembro de 2017. P. 76-77.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Processo nº 1055395-04.2017.8.26.0506. Ribeirão Preto, 16 de novembro de 2017. P. 37.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Processo nº 1056992-08.2017.8.26.0506. Ribeirão Preto, 28 de março de 2018. P. 44.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Processo nº 1053485-39.2017.8.26.0506. Ribeirão Preto, 06 de novembro de 2017. P. 34 – 37.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Processo nº 1062352-21.2017.8.26.0506. Ribeirão Preto, 09 de janeiro de 2018. P. 54-56.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Processo nº 1019141-13.2017.8.26.0577. São José dos Campos, 25 de julho de 2017. P. 39.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Processo nº 1031772-86.2017.8.26.0577. São José dos Campos, 28 de novembro de 2017. P. 30-31.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 1033259-91.2017.8.26.0577. São José dos Campos, 25 de janeiro de 2018. P. 45.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 1023615-27.2017.8.26.0577. São José dos Campos, 22 de setembro de 2017. P. 86.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 1020236-78.2017.8.26.0577. São José dos Campos, 22 de agosto de 2017. P. 71-72.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 1019941-41.2017.8.26.0577. São José dos Campos, 26 de julho de 2017. P. 33 – 36.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 1091634-61.2017.8.26.0100. São Paulo, 24 de novembro de 2017. P. 37.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 1115415-15.2017.8.26.0100. São Paulo, 28 de novembro de 2018. P. 89-90.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 1125128-14.2017.8.26.0100. São Paulo, 19 de dezembro de 2017. P. 177-179

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 1091735-98.2017.8.26.0100. São Paulo, 25 de outubro de 2017. P. 59-61.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 1080929-04.2017.8.26.0100. São Paulo, 16 de agosto de 2017. P. 24-25.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 1091735-98.2017.8.26.0100. São Paulo, 25 de outubro de 2017. P. 59-61.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Processo nº 1107637-91.2017.8.26.0100.
São Paulo, 06 de junho de 2018. P. 45.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Processo nº 1002912-15.2017.8.26.0597.
Sertãozinho, 19 de maio de 2017. P. 195-196.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Processo nº 1004699-79.2017.8.26.0597.
Sertãozinho, 02 de agosto de 2017. P. 40 – 41.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Processo nº 1007267-68.2017.8.26.0597.
Sertãozinho, 11 de janeiro de 2018. P. 51-52.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Processo nº 1003972-23.2017.8.26.0597.
Sertãozinho, 04 de julho de 2017. P. 87-88.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Processo nº 1007655-68.2017.8.26.0597.
Sertãozinho, 30 de janeiro de 2018. P. 24.