

A "AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO" NO NOVO CPC: SEIS (BREVES) QUESTÕES PARA DEBATE

The "Conciliation Hearing" or "Mediation Hearing" at the Brazilian new CPC – Six (short) questions for debate

Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil | vol. 4/2018 | |
Revista de Processo | vol. 256/2016 | p. 349 - 370 | Jun / 2016
DTR\2016\19760

Gustavo Osna

Doutorando em Direito Processual Civil na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) Professor dos programas de Pós-Graduação da Universidade Positivo (UP) e da FIEP/PR. Advogado. gustavo@mosadvocacia.com.br

Área do Direito: Processual

Resumo: O presente artigo analisa a "audiência de conciliação ou de mediação" prevista no novo Código de Processo Civil, investigando alguns aspectos inerentes ao seu tratamento que merecem maior reflexão. Para tanto, apresenta-se, em um primeiro momento, o papel desempenhado pela mediação e pela conciliação no sistema processual, identificando como o Código de 2015 conferiu especial importância a esses aspectos. Na sequência, indicamos seis questões pontuais relacionadas à "audiência de conciliação ou de mediação", observando possíveis problemas e adaptações voltados a aprimorar a sua efetividade.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil - Audiência de conciliação - Audiência de mediação

Abstract: This essay analyzes the "conciliation hearing" or "mediation hearing" provided by our new Civil Procedure Code, observing some topics inherent to its treatment that deserve academic reflection. In this sense, it is initially presented the role performed by mediation and conciliation at the procedural system – identifying how the Code of 2015 gave special attention to this issue. After that, we point six questions related to the "conciliation hearing" or "mediation hearing", pointing potential problems and adaptations intended to improve its effectiveness.

Keywords: New Civil Procedure Code - Conciliation hearing - Mediation hearing

Revista de Processo • RePro 256/349-370 • Junho/2016

Sumário:

1 Introdução - 2 O Novo Código de Processo Civil e o Valor da Autocomposição - 3 A Audiência de Autocomposição no Novo CPC: breves notas - 4 Considerações Finais - 5 Referências Bibliográficas

1 Introdução

A aprovação de um novo Código de Processo Civil vem ensejando diferentes debates em nossa academia. Seja pela inserção de novos conceitos ou figuras, seja pela reconstrução de aspectos técnicos e procedimentais, há um *tsunami* de tópicos a ser inserido na ordem do dia de nossa teoria processual.

Afinal, o que seriam os "negócios jurídicos processuais"? Quais os impactos trazidos à disciplina pela recomposição do papel do *amicus curiae*? Como conceber, em termos teóricos, a estabilidade da tutela satisfativa requerida em caráter antecedente?

Questões como essas vêm ganhando destaque, oportunizando novos diálogos e abrindo novas portas para a atuação jurisdicional. E é nesse fluxo que o presente ensaio procura se inserir, enfocando, com olhar crítico, uma adaptação específica do Código de 2015: a "audiência de conciliação ou de mediação".

Com esse propósito, o estudo é dividido em dois momentos centrais. No primeiro, apresentam-se as guias e os valores intrínsecos à autocomposição, constatando como essa questão é inserida pela legislação recém-aprovada. No segundo, indicamos de maneira pontual aqueles que nos parecem ser os principais nós a serem desatados para que o regime normativo se mostre efetivo. Em resumo, considera-se que, para que a regra surta os efeitos desejados, é preciso olhar com cautela para cada uma dessas ponderações.

2 O Novo Código de Processo Civil e o Valor da Autocomposição

2.1 Autocomposição como meio ("alternativo") de resolução de disputas

Iniciando essa jornada, adotamos uma premissa: por mais que a existência de conflitos seja inevitável em qualquer sociedade, há alterações sensíveis nos modais e mecanismos voltados à sua pacificação.¹ A questão não é inédita, expondo o constante diálogo existente entre processo e cultura.² E é a partir dela que se pode extrair uma divisão essencial, colocando em lados opostos as ideias de *heterocomposição* e de *autocomposição*.

Para compreender essa dicotomia, é válido lançar mão de um exemplo. Para tanto, suponhamos que Romário e Ronaldo, vizinhos no município do Rio de Janeiro, celebram contrato de compra e venda envolvendo dois veículos automotivos. Imaginemos, porém, que o comprador não paga os valores pactuados por alegar a existência de vícios em um dos bens.

Nessa circunstância, a aparição do litígio assume contornos claros, contrapondo dois interesses bastante definidos. De um lado, estaria o vendedor dos automóveis, cuja argumentação fluiria para a reparação dos valores e para a negativa de existência de quaisquer vícios. De outro, o comprador, cujos anseios caminhariam exatamente no sentido oposto.

Como indicado, a existência desse tipo de debate não é exclusividade da sociedade contemporânea ou da realidade brasileira, tratando-se de dado latente a qualquer arranjo social. Para os presentes fins, as principais indagações que dele decorrem se colocam no seguinte eixo: diante do conflito, seria preferível que Romário e Ronaldo buscassem *eles próprios* uma resposta razoável? Diversamente, seria o caso de submeter a decisão do *imbróglia* a um *terceiro*, ou a um *corpo de terceiros*?

É a partir dessas alternativas que se costura a linha que separa os procedimentos de *autocomposição* daqueles de *heterocomposição*. Nos últimos, a pacificação da disputa seria delegada a um sujeito que não integra qualquer das suas pontas, apostando-se em sua *imparcialidade* e conferindo força à sua decisão. Por outro lado, os primeiros teriam como pedra angular o fato de os próprios litigantes, mediante diálogo e (possíveis) concessões recíprocas, atingirem a composição e colocarem fim à celeuma.³

Compreendendo esse cenário, nota-se que a jurisdição representa um exemplo emblemático de meio *heterocompositivo* de resolução de disputas.⁴ Afinal, no instante em que determinada demanda é inserida na administração judiciária, o seu acerto caberá a um *terceiro* estranho à causa; a disputa é entre A e B, mas nenhum deles (e sim C) será responsável pela sua decisão.

Mais que isso, vale ressaltar que essa *composição por um terceiro* não constitui exclusividade da justiça estatal. Afinal, há também meios que com ela não convergem, como a arbitragem, em que a pacificação da disputa será delegada a um *terceiro* ou a um *grupo de terceiros* que não integram a relação original.⁵ O fato de não pertencerem à esfera pública é irrelevante para essa natureza, não a desnaturando.

De todo modo, ao lado dessas formas de pacificação de disputas, há também aquelas colocadas no outro peso da balança. Aqui, na *autocomposição*, o enfoque é alterado: considerando que a disputa se opera entre A e B, seria preferível que *eles próprios* chegassem a um resultado capaz de encerrá-la. Deixa-se de confiar na decisão de um terceiro, deslocando a responsabilidade pelo acerto do conflito para os próprios sujeitos que o compõe.

Em linhas gerais, os principais mecanismos inseridos pela nossa academia nessa segunda ponta costumam ser a *conciliação* e a *mediação*. Isso porque, se é certo que ambas não possuem estruturas rigorosamente coincidentes, também o é que as duas têm como vocação a lógica *autocompositiva*. Nelas, não cabe a qualquer terceiro definir e veicular uma resposta para o atrito, incumbindo aos litigantes alcançarem essa composição.

Finalizando o tópico, cabe destacar que, tradicionalmente, essas formas de autocomposição (assim como a própria arbitragem) têm sido concebidas em doutrina sob o conceito (amplíssimo) de "meios alternativos de resolução de disputas".⁶ A expressão representa transcrição literal da noção utilizada para os mesmos fins pela doutrina estrangeira (ADR). Contudo, é necessário aceitá-la com certas cautelas.

A assertiva se justifica na medida em que, por mais que nossa construção sociopolítica tenha se inclinado para a centralidade estatal,⁷ nada impediria que em outro contexto fossem instituídas modulações diversas - fazendo com que a *alternatividade* fosse depositada sobre a jurisdição. Considerando que o avanço monopolista do Estado nem sempre esteve presente, instituir que qualquer conflito deveria se sujeitar à sua análise também não foi sempre uma primeira (ou única) opção.⁸ É com essa dimensão que se deve fixar que os meios hoje considerados *alternativos* podem ocupar um importante papel na pacificação de conflitos.

2.2 O novo Código e a autocomposição

Mais que isso, além de não ser correto conceber os ADR como passageiros de segunda linha na estrutura do processo, deve-se notar que ao longo das últimas décadas se tornou recorrente a identificação de benefícios possivelmente obtidos por esses modais. Sob esse prisma, o recurso a essas vias não constituiria apenas uma válvula diversa da jurisdição estatal, mas também um percurso provido de vantagens e atrativos específicos.

Focando-nos especialmente na *mediação* e na *conciliação*, é atualmente comum a defesa de que essas vias seriam capazes de alcançar um maior patamar de agilidade e de simplificação.⁹ Além disso, há quem chegue a confiar em seu verdadeiro potencial *transformador*, reconhecendo que o recurso a esses caminhos poderia impactar positivamente o arranjo social ou, ao menos, os sujeitos da contenda:¹⁰ em um jogo sem derrotados, estariam fomentados o diálogo e a compreensão.

Naturalmente, há também argumentos em sentido contrário. Afinal, não seria a *autocomposição* uma forma ainda mais acentuada de favorecimento dos *haves* processuais em prejuízo aos *one-shooters*?¹¹ Com essa postura, não haveria um prejuízo para o cumprimento das funções públicas inerentes à esfera jurisdicional?¹²

No presente momento, não é possível ingressar de maneira detida em cada um desses aspectos. Aqui, o que se deve perceber é que, se a autocomposição vem sendo sustentada por alguns como uma alternativa favorável à prestação jurisdicional, o novo Código de Processo Civil também parece ter incorporado essa ideia. A análise do texto legislativo é reveladora dessa questão, evidenciando o protagonismo conferido a essa via resolutiva.

Esse impacto pode ser prontamente notado por meio de uma mera investigação textual da nova legislação, gerando uma dissemelhança com a anterior. É que, enquanto o Código de 1973 não realiza qualquer menção à "autocomposição", o diploma de 2015 o faz em duas dezenas de vezes. Da mesma forma, o uso de noções similares à *mediação* ou à *conciliação* é largamente ampliado, demonstrando que esse mote passou a ser explicitamente adotado como uma bandeira.

Indo além, ao esmiuçarmos essas diferentes menções, observamos que a adoção dessa guia ideológica é expressa. É assim que, já em seu art. 3º, o diploma estabelece que "o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos" 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". Impõe-se assim que, havendo possibilidade de resolução consensual, essa trilha deve ser fomentada e perseguida.

Na mesma linha, o Código também inovou ao prever, em suas disposições relacionadas aos sujeitos do processo, um tratamento amplo e minucioso relacionado à atividade dos mediadores e dos conciliadores. A questão não encontra paralelo no texto anterior, corroborando que, na nova composição do jogo, pretende-se conferir maior relevância ao papel e às funções desses agentes.

Além disso, pode-se identificar como exemplo procedimental dessa questão o tratamento conferido pelo diploma às ações possessórias coletivas. É que, enquanto o texto de 1973 não dispunha de maneira específica a respeito desse problema (deixando seu manejo sujeito à construção jurisprudencial),¹³ o Código de 2015 conferiu tratamento expresso à situação. E, ao fazê-lo, criou uma etapa autocompositiva até então inexistente em nosso ordenamento, determinando em seu art. 565 que "no litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias".

2.3 A audiência de conciliação ou de mediação

As ponderações acima ratificam que o novo Código criou importantes perspectivas para a autocomposição. A elas, porém, acrescenta-se ainda outro exemplo emblemático, trazendo uma guinada considerável em nossa marcha processual: a "audiência de conciliação ou de mediação". É a essa figura que passamos a dedicar nossa atenção.

Iluminando o problema, recordamos que em nossa atual estrutura a regra é que, ao ser citado em determinada medida, o réu o seja já para apresentação de defesa. Em outros termos, o litígio já se inicia com a contraposição de argumentos: primeiramente os do autor, e, imediatamente na sequência, os do réu.

Todavia, é entre essas duas etapas que o Código de 2015 acaba trazendo uma modificação sensível. Conforme suas disposições, o réu não mais será citado para se defender nos autos, e sim para comparecer a uma audiência prévia de *autocomposição*. Nesse sentido, preceitua o diploma que "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" (art.334).

Dessa forma, antes mesmo de trazer o conflito de argumentos para o bojo do processo, procura-se criar uma possibilidade de resolução consensual da disputa. É por esse motivo que, de regra, o termo para apresentação de defesa será iniciado somente após a realização do ato, caso o acordo não seja obtido. Prioriza-se o diálogo, delegando propositalmente o embate para um momento posterior.

A partir disso, colocando lado a lado a atual estrutura e aquela desenhada pelo novo diploma, vê-se com clareza que essa audiência impõe uma alteração substancial. Seus propósitos são igualmente evidentes, tratando-se de um passo firme no sentido da *autocomposição*.¹⁴

De todo modo, parece-nos que, sendo esse o objetivo, há pontos e gargalos previstos na legislação que devem ser objeto de uma investigação mais precisa em nossa realidade. É que, ainda que por motivos diversos, essas questões podem representar entraves à resolução *consensual* e (mesmo) à própria *efetividade do processo*. É preciso observá-las com cautela, procurando atar as pontas em favor da prestação jurisdicional.

3 A Audiência de Autocomposição no Novo CPC: breves notas

3.1 Mediação ou conciliação?

Nessa jornada, um primeiro ponto a ser trazido para consideração é que, embora a audiência inaugural tenha por fim estimular a autocomposição, não parece haver uma delimitação específica dos *métodos* ou *técnicas* a serem empregados para esse fim. Acredita-se que esse aspecto é evidenciado pelo fato de o Código, aparentemente, utilizar aqui de maneira indiscriminada as ideias de *conciliação* e de *mediação*. Com isso, acaba-se aproximando mecanismos que não coincidem.

Realmente, por mais que seja viável afirmar didaticamente que tanto a conciliação quanto a mediação constituem técnicas *autocompositiva*, a doutrina costuma indicar que o campo de aplicação destinado a cada uma não deveria ser o mesmo. Igualmente, também não haveria subsunção entre os modais de atuação relacionados às duas.¹⁵

É assim que, em síntese, a conciliação tende a ser conduzida por um sujeito capaz de adotar condutas mais propositivas e ativas, tendo como propósito exclusivo o encerramento da disputa. Essa vocação funcional reflete na própria estrutura procedimental a ser dada à audiência, marcada pela simplicidade: ou bem a resolução do imbróglio é obtida, ou não o é.

Contrariamente, a mediação costuma conferir primazia à possibilidade de participação e de diálogo dos envolvidos, atribuindo ao terceiro um posto de maior discricção. Dessa forma, procura-se obter um amadurecimento da própria relação entre os sujeitos em conflito, e não apenas (por mais que também) a resolução do imbróglio.

Nesse particular, destaca-se que o próprio Código de 2015 reconhece em determinado momento esse aspecto. É assim que estipula que "o conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem" (art. 165, § 2.º) e que "o mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos" (art. 165, § 3.º). Em suma, as funções seriam diversas, também o sendo os seus respectivos campos de atuação.

É certo, então, que a diferenciação entre ambas não representa mero preciosismo conceitual. Contudo, ao se analisar o seu conteúdo, percebe-se que o novo Código se refere sucessivamente a uma (inespecífica) "audiência de conciliação ou de mediação". Desse modo, a mesma fórmula é trazida tanto para uma quanto para a outra.

É assim que se afirma, por exemplo, que é ônus do autor indicar em inicial se opta pela "realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação". A natureza genérica pode suscitar indagações: deve o autor fazer menção, também genericamente, ao seu interesse na "audiência de conciliação ou de mediação"? De maneira diversa, é possível que opte diretamente por um dos dois modais? Em caso positivo, deve fazê-lo de forma fundamentada?

Na mesma linha, também é de maneira abstrata que, conforme visto, estipula-se que "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". Nessa circunstância, é dado ao juiz divergir da opção realizada pelo autor? Ao fixar uma das alternativas, é preciso demonstrar sua melhor adequação ao caso?

As questões certamente serão acertadas no cotidiano do dispositivo. De todo modo, o lembrete é necessário e exige cautela. Não só *conciliação* e *mediação* não são termos sinônimos como ainda, ao falar-se em autocomposição, é preciso recordar a advertência clássica de Robert Baruch Bush: "one size does not fit all".¹⁶

3.2 Centros de conciliação, conciliação qualitativa e estrutura judiciária?

Outro ponto que merece atenção está relacionado à nossa atual capacidade estrutural de conferir efetividade aos mecanismos de autocomposição. De maneira breve, o problema aqui se coloca nos seguintes termos: ao se valorizar a *conciliação* e a *mediação*, criam-se novos desafios funcionais para a estrutura judiciária; como consequência, é preciso que haja a capacidade organizacional de absorver essa função.¹⁷

De fato, a análise de qualquer das duas técnicas resolutivas em pauta demonstra que o seu êxito passa por uma atuação qualificada e profissionalizada. Na maior parcela dos casos, será apenas por meio desse tipo de comportamento que os sujeitos poderão fluir da discórdia para o consenso; que o conflito, previamente presente, pode se esvaír.

O Código de 2015, em um primeiro momento, procura enfrentar esse problema. É nesse sentido que determina de modo mandatório que "os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição" (art. 165). Assim, respeitada a autonomia de cada Tribunal, surgiria o ônus de desenvolvimento institucional voltado a dar conta da nova atuação.

Da mesma maneira, o diploma também reconhece que a atividade de conciliação ou de mediação, se bem executada, pressupõe o uso de técnicas específicas e elaboradas. É dessa forma que, nos seus termos, expõe que "admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição" (art. 166, § 3.º).

Ocorre que, nesse particular, o questionamento reside na própria compatibilidade entre a reforma legislativa e o nosso atual arranjo social. Afinal, tem-se defendido que a atuação do processo civil deve necessariamente levar em conta o contexto em que está inserido, ponderando a respeito de sua *proporcionalidade* em sentido *amplo*.¹⁸ Forma-se assim um argumento *panprocessual*, reconhecendo a incidência de limites materiais para a disciplina.¹⁹ E é aqui, nesse caldo, que a reforma do processo é merecedora de algumas considerações.

Em nosso atual momento, é oportuno impor a criação de novas estruturas no âmbito do Judiciário? Quais os custos inerentes a essa atuação? Há compatibilidade entre a guinada e o atual cenário brasileiro, marcado pelo estrangulamento fiscal? E quanto aos honorários devidos aos conciliadores e aos mediadores? Trata-se de mais um fardo a ser suportado (obrigatoriamente) pela comunidade?²⁰

Por mais que esse tipo de consideração não costume integrar o debate do processualista, acredita-se que ele não pode ser deixado de fora do seu discurso. É preciso lhe destinar a devida atenção, sob pena de afastar o vagão teórico dos trilhos do mundo real.

3.3 Quando um não quer, dois conciliam?

Além da questão anterior, condicionante da própria essência do ato a ser realizado, há ainda ponderações de ordem procedimental que devem ser vistas com alguma reserva. E a primeira delas dá título ao presente item. Afinal, é possível que alguma forma de *autocomposição* atinja sucesso sem que seja esse o interesse dos sujeitos do litígio?

Para compreender a indagação, imaginemos o seguinte quadro: as empresas Alfa e Beta celebram contrato de trespasse, mas, ao longo dos meses, Alfa apresenta impontualidade contumaz em sua obrigação de pagamento. Nesse cenário, após inúmeras tentativas de composição, Beta ingressa em juízo pleiteando a devida reparação.

A partir dessa circunstância, seria bastante razoável que a vendedora *não* possuísse qualquer interesse na tentativa do acordo, tanto por haver prova escrita de que faz jus ao valor integral da pretensão, quanto por já ter procurado a resolução consensual em momento anterior à medida. Assim, seria oportuno que o autor tivesse que comparecer a uma audiência de composição *contrária* à sua vontade? Mesmo nessa circunstância, o ato seria obrigatório?

Analisando o novo Código de Processo Civil, constata-se que ali as respostas são positivas. É que, nos termos do diploma, a não realização da audiência possui como requisito o fato de "ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual".²¹ Para tanto, determina-se que "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".

Dessa forma, por mais que o autor expressamente indique em inicial *não ter* interesse na autocomposição, a *omissão* do réu terá como consequência a designação do ato. Do mesmo modo, ainda que o réu se oponha explicitamente à audiência, sua posição será irrelevante caso não haja igual inclinação por parte do autor.

A previsão não tem passado imune a críticas, advindas de diferentes perspectivas. E não é sem razão. Afinal, impor ao litigante que compareça a uma audiência voltada à *conciliação* ou à *mediação*, quando já manifestou expressamente o seu *desinteresse* em conciliar ou em mediar, é gerar o constante risco de que o ato flerte com a inutilidade - criando um custo desnecessário para a própria estrutura judiciária.

Além disso, considera-se que a previsão chega a conflitar com a própria mentalidade que permeia diferentes aspectos do diploma, voltada à valorização da autonomia dos litigantes. A questão é simbolizada pela previsão de um permissivo genérico para a celebração de acordos processuais, permitindo a derrogação, pela vontade das partes, de regras de procedimento.²²

Aqui, porém, a tônica parece ser outra: em que pese afirmar claramente em inicial que *não deseja* a autocomposição, o autor será obrigado a comparecer a um ato voltado *unicamente* a esse propósito. Isso, sob pena de responder por ato atentatório à dignidade da justiça.²³

É certo que a opção constitui uma tentativa de valorização do acertamento consensual, confiando que (mesmo quando aparentemente improvável) esse fim segue sendo possível.²⁴ A questão, porém, recomenda olhares céticos: se o consenso só é obtido por meio de um acordo de *vontades*, ignorar a *vontade* da própria parte talvez seja um contrassenso.

3.4 Quando mais ninguém quer, um concilia?

Somando-se ao argumento anterior, há ainda outro ponto que parte das mesmas premissas, mas atinge uma conclusão ainda mais radical. É que, se em um litígio entre A e B a audiência de autocomposição só não será realizada por requerimento expresso de *ambos* os sujeitos, havendo litisconsórcio em um dos polos a confluência de vontades deve ser ainda maior. Nessa circunstância, o diploma preceitua que "o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes" (art. 343, § 6.º).

Nesses termos, tomemos uma nova situação como parâmetro: Eduardo litiga em juízo contra Hugo, e outros 10 (dez) corréus. Imaginemos que, nessa hipótese, Eduardo indica em inicial que *não possui* interesse na audiência de autocomposição. Da mesma forma, suponhamos que 10 (dez) dos réus inseridos no polo passivo também se manifestam em juízo contrariamente à realização do ato, mas que Hugo se mantém silente. Nessa circunstância, a audiência deveria ser realizada? A vontade de um único sujeito deveria se sobrepor àquela dos outros 11 (onze) inseridos na celeuma?

Em que pese o próprio senso comum pudesse indicar o contrário, a resposta oferecida pelo Código é clara e inequívoca. Como visto, a regra ali trazida disciplina, de maneira expressa e sem exceções, que é pressuposto à não realização do ato a manifestação de vontade de "todos os litisconsortes". Assim, caso a disposição não venha a ser derrotada pelos Tribunais, pode-se dizer que no exemplo acima a vontade de Hugo iria se impor sobre a de *todos* os outros sujeitos envolvidos no litígio.

Veja-se ainda que, nesse particular, o diploma não realiza qualquer diferenciação atrelada a um eventual caráter unitário ou necessário do litisconsórcio. Dessa forma, independentemente de sua ocorrência o sujeito mantém a carta branca para, por seu próprio impulso, exigir a ocorrência do ato. Isso, mesmo se tratando de um litisconsórcio simples lastreado na pura economia processual.²⁵

Mais uma vez aqui, acredita-se que a opção do Código se encontra sujeita a ressalvas e a observações. Afinal, em situações com esses contornos, a *probabilidade* de que qualquer tipo de autocomposição seja bem-sucedido é, no mínimo, diminuta. Como consequência, evitar que a conveniência do ato seja casuisticamente aferida pode trazer prejuízos à atuação jurisdicional, postergando o seu trâmite e impondo custos desnecessários.

3.5 Quem abre mão do prazo de defesa?

Os argumentos veiculados nos dois itens anteriores demonstram que qualquer uma das partes do litígio possui um verdadeiro *poder absoluto* quanto à audiência de composição. Em suma, tanto autor quanto o réu podem, por seu próprio impulso e mesmo a contragosto da parte contrária, impor a prática do ato.

A partir disso, há um aspecto flagrante no regime instituído pelo novo Código de Processo Civil que faz com que seja pouco crível que o réu, na maior parte dos casos, vá se opor à designação da audiência. É que essa inclinação impactará de maneira *decisiva* o cômputo do seu prazo de defesa, reduzindo-o temporalmente e abreviando o curso do processo.

Para compreender o problema, é essencial observar a previsão do art.335 do Código de 2015. Isso porque, nos termos do dispositivo, a realização da audiência de autocomposição condicionará o termo contestatório, abrindo duas possibilidades: (i) quando o ato houver sido praticado, o prazo para defesa fluirá "da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição"; e (ii) por outro turno, nas hipóteses em que a audiência não tenha sido realizada devido ao desinteresse recíproco das partes,

o prazo será computado "do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu".

A partir disso, levemos o esboço normativo para o campo hipotético. Para tanto, suponhamos que em determinada medida judicial o réu, Antônio, recebe citação, em 25.06.2016, para comparecer a eventual audiência de autocomposição designada para 25 de agosto do mesmo ano. Imaginemos que Antônio não possua qualquer interesse na tentativa de acordo, e que ao observar a inicial percebe que também o autor já indicou o seu desinteresse na conciliação e na mediação.

Nesse caso, restariam ao demandado duas opções: (i) primeiramente, poderia informar ao juízo o seu *desinteresse* na realização da audiência, hipótese em que o *seu prazo de defesa* passaria a ser *imediatamente* computado; (ii) de outro lado, poderia se manter silente, comparecendo à audiência (mesmo sem real interesse em compor) e, com isso, *ampliando* o seu prazo de defesa e protelando o processo.

Considerando essas duas hipóteses, parece bastante razoável supor que o réu, de regra, *não possuirá* estímulos suficientes para se manifestar em juízo contrariamente à audiência de autocomposição.²⁶ Afinal, fazê-lo corresponderia a antecipar a apresentação de defesa e a abreviar a duração do litígio. Como de regra o demandado é o beneficiado pelo ônus do tempo do processo, o comportamento seria assim estrategicamente desencorajado.

Nesse ponto, poder-se-ia arguir que um comportamento com esses contornos colidiria com os valores da boa-fé e da cooperação, previstos pelo próprio Código de 2015.²⁷ Contudo, por mais que aproximações nesse sentido possam ser futuramente concretizadas, a mera leitura do diploma é insuficiente para conduzir de maneira cristalina a essa conclusão. Trata-se, assim, de mais um ponto a ser debatido e visto com precauções. Caso contrário, a manifestação de desinteresse na audiência de autocomposição, pelo réu, tende a ser uma previsão teórica com pouco lastro concreto.

3.6 Assimetria de informações e carência de payoffs: a melhor forma para o acordo?

Um último ponto a ser aqui levantado, de fundo material, diz respeito à própria existência (em nosso atual direito) de *estímulos* concretos para que se atinja de maneira exitosa a autocomposição. Nesse item, desdobramos a consideração em duas linhas centrais: (i) o ambiente de assimetria de informações que permeará a audiência de autocomposição; e (ii) a carência de *payoffs* efetivos a estimularem o acordo, seja positiva ou negativamente.

Em relação ao primeiro, a questão se dá pelo fato de, nos termos do Código de 2015, o ato voltado ao consenso ocorrer em um momento no qual o réu *já possui acesso integral* às alegações do autor e às suas provas documentais, mas a recíproca não ser verdadeira. Com isso, o proponente não saberá quais são as armas do demandado, gerando uma nuvem de incerteza que pode caminhar na contramão da resolução consensual.

De fato, lembrando o ensinamento de Cooter e Ulen, para que se atinja o acordo é possível que *notícias ruins sejam notícias boas*.²⁸ Em outros termos: é a partir da ciência das alegações apresentadas pela parte contrária e das informações por ela possuídas que se pode antever os riscos da demanda. E essa álea condiciona o acordo: quanto maiores forem os custos e as incertezas relacionados à lide, mais provável será a autocomposição.²⁹

No modelo previsto pelo Código de 2015, entretanto, há um desalinhamento entre a posição das partes. De um lado, o réu já possui ciência do arsenal de que dispõe o autor, podendo antecipar os benefícios inerentes à sujeição a algum tipo de acordo. De outro, é rigorosamente incerto para o autor o que o réu irá ou não argumentar em juízo.

A partir disso, o demandado possui uma posição de barganha bastante superior, podendo utilizá-la de forma pouco cooperativa para obter o acordo mesmo quando desprovido de qualquer razão. Já para o autor, cujas cartas *já estão na mesa*, o cenário é outro e esse tipo de comportamento estratégico não é viabilizado.

Além disso, e encerrando o ponto, cabe também indagar se há no nosso atual direito processual *estímulos* suficientes para que as partes cheguem à autocomposição após a propositura da medida. Nesse particular, se a autocomposição efetivamente fosse uma rota a ser perseguida, caberia indagar: não seria o caso de, proposto o acordo, penalizar a parte que não o aceitasse e ao final do processo recebesse resultado menos favorável? Não seria recomendável instituir mecanismos que efetivamente *desencorajassem* o litígio ou *premiassem* a autocomposição?³⁰

As provocações parecem relevantes, e dialogam com a possibilidade de se pensar em um sistema efetivo voltado ao consenso. Uma vez mais, ressalta-se que essa opção ideológica se encontra sujeita a críticas e a ponderações. Contudo, se ela foi adotada como norte, talvez fosse necessário que passos menos tímidos fossem dados na sua direção.

4 Considerações Finais

O presente estudou procurou, em caráter preliminar, indicar algumas questões possivelmente problemáticas inerentes ao tratamento da "audiência de conciliação ou de mediação" nos parâmetros do Novo Código de Processo Civil. Nesse sentido, pontuou-se, em linhas gerais, que: (i) é questionável a obrigatoriedade de que o ato seja realizado mesmo que não haja confluência de vontades nesse sentido; (ii) é questionável o fato de se tratar indiscriminadamente "conciliação" e "mediação"; (iii) a opção normativa, talvez, não encontre a necessária aderência material; e (iv) além disso, há aspectos estratégicos que podem reduzir (ou frustrar) seu uso.

A partir disso, pretende-se colocar a nova ferramenta na rota da efetividade do processo, e não em outros trilhos. Em resumo, é sabido que a opção pela valorização da autocomposição está suscetível a diferentes críticas. Ainda assim, caso se opte por essa via, é preciso assumir os compromissos necessários para sua melhor atuação.

5 Referências Bibliográficas

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil*. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Ed. RT, 2009.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Ed. RT, 2013.

_____; OSNA, Gustavo. Os acordos processuais no novo CPC (LGL\2015\1656): aproximações preliminares. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix. (org.). *Desvendando o Novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____; _____. Complexity, proportionality and the "pan-procedural" approach: some bases of contemporary civil litigation. *International Journal of Procedural Law*. n. 4. Cambridge: Intersentia, 2014.

BARRETT, Jerome T.; BARRETT, Joseph P. *A history of alternative dispute resolution the story of a political, cultural, and social movement*. San Francisco: Jossey-Bass, 2004.

BUSH, Robert Baruch. One size does not fit all: a pluralistic approach to mediator performance testing and quality assurance. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. n. 19. Columbus: The Ohio State University, 2005.

_____; FOLGER, Joseph. *The promise of mediation - The transformative approach to conflict*. ed. rev. San Francisco: John Wiley & Sons, 2005.

CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual*. Trad. Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

COOTER, Robert; ULEN, THOMAS. *Law & economics*. 3. ed. Reading: Addison Wesley Longman, 2000.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. vol. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. vol. 1.

ESTELLITA, Guilherme. *Do litisconsórcio no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Oficina Gráfica da Universidade do Brasil, 1955.

FISS, Owen. Against settlement. *Yale Law Journal*. n. 93. New Haven: Yale University Press, 1983.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *On International Commercial Arbitration*. Boston: Kluwer Law International, 1999.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GALANTER, Marc. Why the "haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*. vol. 9. Salt Lake City: Law and Society Association, 1975.

GROSSI, Paolo. *Primeiras lições sobre o direito*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

HESPANHA, Antonio Manuel. *O caleidoscópio do direito*. Lisboa: Almedina, 2012.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights - Why liberty depends on taxes*. New York: W.W Norton, 2000.

LACERDA, Galeno. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1961.

MACNEIL, Ian R. *American Arbitration Law - Reformation, nationalization, internationalization*. New York: Oxford University Press, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil - Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. vol. 2.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

_____. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*. n. 33. Curitiba: Genesis, 2004.

OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise económica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005.

RESNIK, Judith. *Processes of the Law - Understanding Courts and their alternatives*. New York: Foundation Press, 2004.

TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível em: [www.academia.edu/17136701/Um_processo_pra_chamar_de_seu_nota_sobre_os_neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais]. Acesso em: 08.11.2015.

TARUFFO, Michelle. Cultura e processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. ano LXIII. Milano: Giuffrè, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2013. vol. 1.

1 "Nenhuma sociedade está livre de conflitos. Mas como esses litígios serão resolvidos? Aqui encontramos miríades de manifestações da imaginação e do engenho humanos (...)

Independentemente do objeto do litígio, ou das espécies de pretensões que serão acolhidas pela sua sociedade, um povo precisa decidir como processar esses pleitos e queixas." CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual*. Trad. Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19.

2 Idem. Também assim, passim, TARUFFO, Michelle. Cultura e processo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. ano LXIII. Milano: Giuffrè, 2009; MITIDIERO, Daniel. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*. n. 33. p. 485 e ss. Curitiba: Genesis, 2004. LACERDA, Galeno. Processo e cultura. *Revista de Direito Processual Civil*. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1961.

3 "É a forma de solução do conflito pelo consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio. É a solução altruísta do litígio. Considerada, atualmente, como legítimo meio alternativo de pacificação social. Avança-se no sentido de acabar com o dogma da exclusividade estatal para a solução dos conflitos de interesses. Pode ocorrer dentro ou fora do processo jurisdicional." DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2010. vol. 1, p. 95. Também assim, afirmam Wambier e Talamini que a autocomposição "consiste na resolução da controvérsia pelo sacrifício, por um dos litigantes, no todo ou em parte, do seu interesse próprio em favor do outro". WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2013. vol. 1, p. 101,

4 "A jurisdição é técnica de solução de conflitos por heterocomposição: um terceiro substituiu a vontade das partes e determina a solução do problema apresentado". DIDIER JR., Fredie. Op. cit., p. 84.

5 Descrevendo o instituto, afirma Didier que a arbitragem "é técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e 'imparcial' (porque não feita pelas partes diretamente) do litígio. É, portanto, heterocomposição". DIDIER JR., Fredie. Op. cit. p. 98. Também, reconhecendo como função intrínseca à arbitragem a tarefa de resolução do caso por um terceiro (in casu, o árbitro): FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *On International Commercial Arbitration*. Boston: Kluwer Law International, 1999. p. 11.

6 Percebendo essa dilatação conceitual, Resnik afirma que a noção de alternative dispute resolution se tornou um verdadeiro "guarda-chuva" - abrangendo uma variedade de procedimentos. Assim: RESNIK,

Judith. *Processes of the law - Understanding Courts and their alternatives*. New York: Foundation Press, 2004. p. 97.

7 Assim, passim, GROSSI, Paolo. *Primeiras lições sobre o direito*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2005. Também, HESPANHA, Antonio Manuel. *O caleidoscópio do direito*. Lisboa: Almedina, 2012.

8 Nesse sentido: MACNEIL, Ian R. *American Arbitration Law - Reformation, nationalization, internationalization*. New York: Oxford University Press, 1992. p. 3-4. Também: BARRETT, Jerome T.; BARRETT, Joseph P. *A history of alternative dispute resolution the story of a political, cultural, and social movement*. San Francisco: Jossey-Bass, 2004. p. 256-257.

9 Conforme Dinamarco, "as vantagens dessas soluções alternativas consistem principalmente em evitar as dificuldades que empecem e dificultam a tutela jurisdicional, a saber: (a) o custo financeiro do processo (taxas judiciárias, honorários de advogados, perícias etc.); (b) a excessiva duração dos trâmites processuais, que muitas vezes causa a diluição da utilidade do resultado final; (c) o necessário cumprimento das formas processuais, com a irracional tendência de muitos a favorecer o formalismo". DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. vol. 1, p. 143.

10 Assim, passim, BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph. *The promise of mediation - The transformative approach to conflict*. ed. rev. San Francisco: John Wiley & Sons, 2005. p. 45-53.

11 A célebre segmentação entre as categorias, contrapondo litigantes contumazes (*haves*) e litigantes eventuais (*one shooters*) e percebendo as vantagens inerentes à atuação dos primeiros, é traçada em: GALANTER, Marc. Why the "haves" come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*. vol. 9. Salt Lake City: Law and Society Association, 1975.

12 Assim, de forma emblemática: FISS, Owen. Against settlement. *Yale Law Journal*. n. 93. New Haven: Yale University Press, 1983.

13 "A jurisprudência vem enfrentando vários casos em que alguém pretende a recuperação de terreno invadido, não sendo o invasor uma pessoa ou um grupo pequeno e organizado de pessoas, mas uma coletividade de sujeitos, normalmente vinculados a uma entidade despersonalizada. Seguindo-se o regime tradicional do Código de Processo Civil, essa situação deveria impor ao autor da demanda a citação pessoal de todos os invasores (...) todavia, essa consulta, se não impossível, seria extremamente difícil (...) a jurisprudência, ao que parece, de forma acertada, diante da impossibilidade do respeito ao contraditório individualizado, vem admitindo o tratamento coletivo da questão, por meio de uma representação da coletividade invasora por seus líderes no polo passivo da demanda." ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 204.

14 "Uma das novidades em termos procedimentais do Novo Código está na previsão de uma audiência de conciliação ou de mediação antes da apresentação da defesa pelo demandado. Trata-se de previsão que visa a estimular a solução consensual dos litígios (art. 3.º, § 2.º), concedendo à autonomia privada um espaço de maior destaque no procedimento. Além disso, constitui manifestação de uma tendência mundial de abrir o procedimento comum para os meios alternativos de solução de disputas, tornando a solução judicial uma espécie de *ultima ratio* para composição dos litígios." MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil - Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 173.

15 Sintetizando a questão, Daniela Gabbay esclarece que "é válido ressaltar que há importantes diferenças a serem consideradas entre a mediação, a conciliação e a negociação. Entre as duas primeiras e a negociação há uma diferença formal consistente na presença do terceiro imparcial (mediador ou conciliador), pois sendo a negociação bilateral há apenas uma relação entre as partes para a produção de um acordo. Trata-se da diferença entre a autocomposição direta (negociação) e a assistida (mediação e conciliação). As distinções substanciais entre a conciliação e a mediação recaem sobre a forma de atuação e capacitação do terceiro, o controle exercido sobre o processo, o tipo de conflito e a relação entre as partes, questões que influem diretamente nos objetivos das técnicas autocompositivas. Quanto à atuação do terceiro, ela pode ser mais ou menos ativa (...) situando-se os conciliadores entre aqueles mais ativos e diretivos da sessão, e que poderiam inclusive propor ideias de acordo às partes (...) na conciliação o procedimento é mais simples e a sessão mais rápida, pois normalmente não se entra no mérito do caso, que é direcionado ao acordo, enquanto na mediação o acordo não é a meta, mas apenas um dos resultados possíveis (...) o conciliador pode assumir um lugar de poder (...) na sessão de conciliação diferente daquela assumido pelo mediador na sessão de

mediação, onde o protagonismo recai sobre as partes e em sua responsabilidade para decidir o conflito". GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 47-49.

16 Assim, passim, BUSH, Robert Baruch. One size does not fit all: a pluralistic approach to mediator performance testing and quality assurance. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. n. 19. Columbus: The Ohio State University, 2005. p. 965.

17 É que, no campo do processo, a "revisão funcional tem de impor igual procedimento no campo estrutural. O destaque para o processo de objetivos dissociados da declaração, abrindo azo para metas como a 'tutela de direitos', a 'reforma estrutural', a 'justiça' e o 'desenvolvimento', exige que as normas e as instituições processuais se adaptem para cumprir os novos fins - visivelmente mais complexos". Assim, "com este pano de fundo, é natural que o processo assuma feições de crise como aquelas hoje existentes: criam-se expectativas maiores sobre sua atuação, mas sem a alteração estrutural voltada a viabilizar o cumprimento desses objetivos". OSNA, Gustavo. *Direitos individuais homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 35-37.

18 Expondo o tema em outra ocasião, estabeleceu-se que "we believe that proportionality can also be used as a tool of *judicial* management. From this perspective, such a principle could be seen as an interpretative element capable of collaborating to solve the puzzles of contemporary civil litigation observed in the previous section. In the challenge occasioned by its functions and its material restraints, we believe that this approach can contribute both in an *endo-procedural* side (as more commonly noted) and, especially, in what we call the '*pan-procedural*' one". ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the "pan-procedural" approach: some bases of contemporary civil litigation. *International Journal of Procedural Law*. n. 4. Cambridge: Intersentia, 2014. p. 196.

19 "This base of analysis and the associated macro perspective are clearly in harmony with the requirements of the complexity of contemporary civil litigation. In this context, the pan-procedural approach collaborates in the modulation of adjudication in a way that observes the whole picture of the judiciary, highlighting its barriers and providing an isonomic distribution of procedural activity among all the cases waiting for an answer. The design suggests that, once this approach is adopted, each case stops being seen as a single piece, and the puzzle is understood from a global perspective. A natural consequence of this is that, considering the limits of the public budget, the efforts provided in a case should be harmonised with the institutional efficacy of the judiciary. Each case should be treated equally, setting a new requirement based on parameters of necessity, adequacy and proportionality. Thus, every answer and every collision of fundamental rights starts to be seen in another plane: the macroscopic plane." Idem. p. 199.

20 Afinal, nunca é demais lembrar que, como advertem Holmes e Sunstein, "the constitutional right to due process - like the private right to bring an action in contract or tort - presupposes that, at the taxpayer's expense, the state maintains and makes accessible complex and relatively transparent legal institutions within which the cumbersome formalities of fair, public, and understandable adjudication occur (...) giving citizens access to courts and other adjudicative forums is not like giving them access to natural harbors and navigable waters, because the government must not be only brush aside hindrance to access, but must actually create the institutions to which access is being granted". HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights - Why liberty depends on taxes*. New York: W.W Norton, 2000. p. 53-54.

21 Nesse particular, veja-se que a própria Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrado (Enfam) editou enunciado que ratifica a posição normativa, estabelecendo que "somente a recusa expressa de ambas as partes impedirá a realização da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC/2015 (LGL\2015\1656), não sendo a manifestação de desinteresse externada por uma das partes justificativa para afastar a multa de que trata o art. 334, § 8.º" (Enunciado 61, Seminário O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil).

22 Nesse particular: ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os acordos processuais no novo CPC (LGL\2015\1656): aproximações preliminares. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix. (org.). *Desvendando o Novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. Também sobre o tema, TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Disponível em: [www.academia.edu/17136701/Um_processo_pra_chamar_de_seu_nota_sobre_os_neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais]. Acesso em: 08.11.2015.

23 "Art. 334. (...) § 8.º 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".

24 "Note-se que não basta, para obstar à realização da audiência, que apenas uma das partes não queira a sua realização. O legislador refere que ambas as partes devem expressamente manifestar o desinteresse na composição consensual. Uma interpretação favorável à autocomposição - que constitui a diretriz interpretativa preferida pelo legislador, art. 3.º, § 2.º - determina que a audiência só não seja realizada se ambas as partes expressamente manifestarem o desinteresse. Apenas uma delas manifestando-se contra, o legislador aposta na possibilidade de a conciliação ou de a mediação vencer a sua resistência ao acordo em audiência." MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 174.

25 Vale lembrar, com Frederico Marques, que "o litisconsórcio propriamente facultativo é dispensável e recusável" tendo "seu fundamento na economia processual. Se há um ponto comum entre as causas, a sua reunião em um só processo representa indiscutível economia do juízo". Da mesma forma, também Estellita lembra a plasticidade do litisconsórcio e o seu potencial para (em dadas oportunidades) ser figura precipuamente pragmática. Nesse sentido, esclarece que "o art. 46 do CPC (LGL\2015\1656) estabelece várias situações que podem autorizar a formação do litisconsórcio. As exigências previstas nos incisos do art. 46, mencionado, vão das hipóteses em que há maior vinculação entre os sujeitos (inc. I, ou seja, a presença de comunhão de direitos ou de obrigações em relação à lide) até aquelas em que há a ligação mais tênue (inc. IV, vale dizer, a existência apenas de afinidade de questões entre as pretensões dos sujeitos, pela presença de um ponto comum de fato ou de direito). Ora, se a presença de afinidade de questões (isto é, a presença de um ponto comum de fato ou de direito) é a mínima exigência feita pela lei para a formação de um litisconsórcio - em que a lei autoriza a cumulação de ações, com a efetiva participação dos titulares dos direitos afirmados no processo - não há razão para ser diferente com relação à tutela coletiva. A origem comum, a que se refere a lei (art. 81, parágrafo único, III, do CDC (LGL\1990\40)) só pode ser entendida na mesma dimensão da 'afinidade de questões', a que alude o Código de Processo Civil". MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. vol. 2, p. 185. ESTELLITA, Guilherme. *Do litisconsórcio no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Oficina Gráfica da Universidade do Brasil, 1955. p. 148.

26 A respeito da importância desse tipo de raciocínio, ver por todos, passim, PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise econômica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005.

27 Demonstrando o impacto trazido por esses fatores para o estudo do processo, ver: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

28 Nesse sentido, COOTER, Robert; ULEN, THOMAS. *Law & economics*. 3. ed. Reading: Addison Wesley Longman, 2000. p. 390 e ss.

29 "Most disputes are resolved without resorting to trial (...) bargaining is more importante than trials for the resolution of most disputes. However, bargaining occurs *in the shadow of the law*. In other words, expectations about trials determines the outcomes of bargains (...) in a civil dispute, and agreement to settle out of court can replicate any judgment that the court would have reached after a trial (...) thus, a settlement could achieve the same outcome as a trial, and the parties would save the costs of litigations. The savings in the cost of a trial could have been divided between the parties, making both of them better off. For any trial, a settlement usually exists that makes both parties better off, so trials are usually inefficient." Idem, p. 398-399.

30 Ver assim, exemplificativamente: CHASE, Oscar G. Op. cit., p. 139 e ss. Da mesma forma, ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil*. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 249 e ss.