

PROCESSO COMO DIÁLOGO: UMA BREVE COMPARAÇÃO ENTRE OS MODELOS BRASILEIRO E ALEMÃO

Process seen as a dialogue: a brief comparison between the Brazilian and the German model
Revista de Processo | vol. 304/2020 | p. 309 - 316 | Jun / 2020
DTR\2020\7326

Márcio Flavio Mafra Leal

Doutor (Uni Freiburg). Mestre (UnB). Juiz Federal (em auxílio à Presidência do STJ). mafra68@gmx.com

Área do Direito: Internacional; Civil; Processual

Resumo: O autor analisa alguns pontos do sistema processual brasileiro e os compara ao alemão. Conclui no sentido de que nós, brasileiros, temos as normas adequadas, mas a realidade não ajuda, por causa da excessiva carga de trabalho dos juízes.

Palavras-chave: Princípio da cooperação – Audiência preliminar – Mediação e conciliação – Papel do juiz – Esclarecimento, consultoria, orientação das funções de instrução – Saneamento

Abstract: The author analyses some points of the Brazilian Procedural system and compares them to the German one. Concludes in the sense that we, Brazilians, have the adequate norms, but reality works against that is, inhuman overload of work.

Keywords: Cooperation principle – Preliminary hearing – Mediation and conciliation – Judge's role – Clarification, consulting, orienting instruction duties – Healing order

O novo Código de Processo Civil de 2015 entrou em vigor com grandes propósitos e esperanças para trazer mais funcionalidade e confiança ao modo judicial e extrajudicial de resolução de conflitos. O Brasil viveu e ainda sente os efeitos de uma explosão de litígios nos últimos 30 anos. As causas são muitas e não vale a pena adentrar aqui e agora em pormenores.

A consequência, no entanto, foi o enorme congestionamento de processos e um alongamento insatisfatório de sua duração. Um dos diagnósticos para a morosidade processual foi a suposta disfuncionalidade do CPC de 1973. Ele seria, mesmo após inúmeras reformas, por demais formalista, individualista, com muitos incidentes e recursos e sem um instrumentário que pudesse dar soluções mais rápidas e, se possível, no atacado, dos muitos processos em estoque e com o uso da tecnologia disponível.

O CPC de 2015 oferece várias soluções nesse sentido. Tudo isso tem o seu lado indiscutivelmente positivo, mas há obviamente efeitos colaterais. Nesse ponto, na mentalidade do juiz premido para cumprir metas do Conselho Nacional de Justiça, a audiência, lugar em que o juiz estabelece contato presencial e dialoga com as partes, poderia ser vista até como um entrave à rápida solução da lide.

Há uma série de questões insurgentes: os novos mecanismos não distanciaram o juiz da velha função imprescindível que é conhecer de fato o processo e dar uma solução específica e qualificada para o caso concreto? Será que, na busca de soluções coletivas e de massa para o problema posto, não se criou um juiz preocupado com números, metas e tecnologias, sem se atentar para o que se contém nos arquivos de um processo eletrônico?

De qualquer modo, faz-se uma tentativa de curar as patologias da morosidade e do congestionamento, o que é evidentemente necessário, com um CPC (LGL\2015\1656) totalmente novo, que entrou em vigor com várias tarefas a cumprir, entre elas: a) simplificar o processo; b) afinar o processo civil com a Constituição Federal; c) evitar o não julgamento do mérito por um formalismo exagerado; d) fortalecer a jurisprudência dos tribunais superiores com filtros eficazes a impedir recursos protelatórios; e) criar mecanismos de julgamentos de teses de modo coletivo e dar mais segurança jurídica; e f) permitir o que muitos chamam de tribunais multiportas, com possibilidade de mediação e conciliação profissionalizadas.

Uma coisa não mudou: o processo *judicial* continua a ser *locus* próprio para propiciar o diálogo entre as partes e o juiz. A ideia aqui é fazer uma pequena comparação do que vem a ser esse diálogo no modelo do CPC (LGL\2015\1656) alemão (aqui chamado por razões distintas de ZPO – *Zivilprozessordnung*), sob a perspectiva das peculiaridades da realidade brasileira.

Sumário:

O princípio da cooperação - A extinção da audiência preliminar (art. 331 do CPC/1973) - O saneamento do processo sem audiência preliminar (art. 357 do CPC/2015) - A audiência saneadora para os casos complexos - Conciliação e mediação - Análise da fase de saneamento do processo - O conteúdo do saneador: esclarecimento, informação e orientação - Análise crítica - Conclusão

O princípio da cooperação

O processo dialógico, na compreensão brasileira do termo, fundamenta-se no *princípio da cooperação* (ou da colaboração), previsto no art. 6º do CPC (LGL\2015\1656), segundo o qual todos os sujeitos do processo devem *cooperar* entre si para que se obtenha, em tempo razoável, *decisão de mérito justa e efetiva*. Como ideal a ser perseguido, o art. 6º não poderia ter outra redação e é a chave para a compreensão das regras dialógicas do próprio Código. E em que ambiente se dá essa cooperação e diálogo?

O CPC (LGL\2015\1656) 2015 estabelece dois ambientes bem distintos. O primeiro, refere-se àquele previsto nos arts. 165 e ss. e 334 e ss., que impõem aos tribunais a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos (chamados de Cejucs), responsáveis pela realização de sessões e audiências com conciliadores e mediadores credenciados ou do próprio quadro do tribunal. Cada Estado tem o seu próprio centro, cujo grau de desenvolvimento varia bastante. O outro ambiente seria dentro do próprio processo civil com a presença do juiz.

Principia-se a análise, no entanto, com um breve recuo, a saber, pela extinção da audiência preliminar do procedimento comum, introduzida pela Lei 10.444, do ano de 2002, que modificou o então art. 331 do CPC de 1973.

A extinção da audiência preliminar (art. 331 do CPC/1973)

Em 2002, curiosamente logo após a reforma alemã de 2001, foi introduzida no Brasil, por uma reforma no art. 331 do CPC (LGL\2015\1656), uma audiência preliminar quando a causa versasse sobre direitos que admitissem transação. Essa reforma aproximaria o procedimento brasileiro ao modelo alemão: se obtida a conciliação, ela seria reduzida a termo e homologada por sentença. Caso contrário, o juiz fixaria os pontos controvertidos, decidiria as questões processuais pendentes e determinaria as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

A audiência preliminar foi, contudo, um fracasso na práxis brasileira e o art. 331 foi praticamente tornado letra morta pelo Superior Tribunal de Justiça, que lhe retirou a obrigatoriedade em sucessivos julgados.¹ Com isso, a ideia de um diálogo tendente à autocomposição ou preparatório para o julgamento de mérito foi visto como um fator de atraso no procedimento comum. Assim, o processo continuou a se caracterizar pela troca por escrito de petições até a decisão final, com a possibilidade de uma audiência de instrução.

O fracasso é compreensível. A necessidade do diálogo exige uma agenda de audiências compatível, fator este que está em tensão contínua com a distribuição de processos nas caixas dos computadores dos juízes. Enquanto um juiz de primeiro grau na Alemanha recebe 100 a 200 processos por ano, boa parte da magistratura brasileira recebe este mesmo número de processos em um único mês (cf. o anuário “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça, com os dados de 2018).²

Como estabelecer uma pauta de audiências racional com números dessa magnitude? Talvez isso e a má compreensão do que se pretendia com a audiência preliminar – por alguns autores considerada “utópica” – redundaram em outras soluções mais próximas da realidade brasileira.

O saneamento do processo sem audiência preliminar (art. 357 do CPC/2015)

Apesar da revogação da audiência preliminar, o CPC (LGL\2015\1656) tornou obrigatório ao juiz os deveres de esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio após a fase postulatória, dentro do que se denomina de “saneamento cooperativo”, com a participação do juiz e das partes.

O art. 357 determina que o juiz deverá delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos e as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; definir a distribuição do ônus da prova; e designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

Além disso, após o despacho saneador, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de cinco dias, findo o qual a decisão se torna estável. Tudo isso, como dito, em regra por escrito.

A audiência saneadora para os casos complexos

O § 3º do art. 357 prevê, contudo, que, se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convida os litigantes a integrar ou esclarecer suas alegações. Assim, só haverá uma audiência se o juiz sentir a necessidade de melhor esclarecimento sobre o litígio, deixando as causas rotineiras com saneamento por escrito. Entende-se até que o juiz pode sempre determinar a audiência, ainda que o conjunto fático não seja complexo.

O saneamento, por escrito ou pela rara audiência de “esclarecimento”, é o ápice do princípio da cooperação ao aproximar os protagonistas processuais para depurarem o processo, estabilizando-o como um roteiro predefinido a ser seguido em matéria probatória e das teses jurídicas a serem discutidas.

Pode-se perguntar se mesmo essa audiência saneadora extraordinária está sendo realizada. A exemplo do que se disse sobre a revogada audiência preliminar, a realidade percebida, na falta de uma estatística nesse sentido, é que os juízes deixam as questões fáticas e jurídicas complexas para, quando muito, uma única audiência principal de instrução e julgamento. Isso porque o saneamento em audiência pressupõe a leitura profunda dos autos pelo

magistrado e o auxílio e participação efetiva das partes, o que nem sempre é possível, como dito, com a distribuição processual de hoje, preferindo-se essa leitura no fim do processo.

Conciliação e mediação

Em lugar da audiência preliminar, optou-se por tornar obrigatória uma audiência prévia de conciliação ou mediação (ACM), a depender da natureza do caso. A compulsoriedade está prevista na regra de que o não comparecimento injustificado do autor ou do réu a essa audiência é considerado ato atentatório à dignidade da justiça, uma espécie de *contempt of court* brasileira, sancionado com multa de até dois por cento sobre o valor da causa, revertida em favor do Estado.

Assim, proposta a ação, as partes são intimadas para a audiência, salvo se ambas manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual ou o direito em jogo não admitir a autocomposição.

Na prática, é o que vem ocorrendo, o autor, já na petição inicial, informa o seu desinteresse na autocomposição e o réu, que deve concordar, nada fala ou também afirma o seu desinteresse, o que contorna, por igual, a ameaça da multa pelo não comparecimento. Se apenas uma das partes nada disser, a audiência deve ser marcada. No entanto, a obrigação de comparecer não implica, obviamente, a obrigação de negociar. Uma vez obtida a autocomposição, será ela reduzida a termo e homologada por sentença.

De qualquer forma, há duas técnicas usadas nessas audiências: a *conciliação* cuida preferencialmente dos casos em que não há vínculo anterior entre as partes, por se tratar de relações episódicas, por exemplo, no caso de um acidente de veículos em que as partes não se conhecem. Aqui, o próprio conciliador pode sugerir soluções. Já a *mediação* trata preferencialmente dos casos em que há vínculo entre as partes, ou seja, relações permanentes, como as de sócios em empresas, vizinhos, familiares. Nesse caso, o mediador age como um facilitador do diálogo para que as partes cheguem, elas próprias, a uma solução e resgatem a comunicação e o diálogo perdidos, em busca de um consenso.

Há, ainda, a previsão de os entes públicos criarem câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, para dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração.

Os resultados dessa fase de mediação e conciliação ainda são muito insatisfatórios. As partes ainda preferem uma autocomposição em juízo sob a presidência de um juiz togado e a ACM é vista como fator de mais atraso na prestação jurisdicional. Mas, como toda ideia inicial, a ACM ainda está em fase de maturação. Além disso, a audiência prévia é estanque em relação ao processo em si, diante da cláusula de confidencialidade que vige durante a negociação. Assim, se há uma confissão de uma das partes, ela não pode ser usada com meio de prova na hipótese de prosseguimento do processo judicialmente, mesmo que o juiz da causa tenha presidido a audiência.

Análise da fase de saneamento do processo

É suficiente o diálogo apenas com troca de petições entre as partes e o juiz, tal como preconizado pelo art. 357 do CPC/2015 (LGL\2015\1656)? Nesse ponto, divergem as soluções alemãs e brasileiras. O § 139 da ZPO pressupõe um diálogo ao vivo e presencial, em uma discussão desarmada sobre o litígio, estabelecendo as premissas fáticas incontroversas e o dever de o juiz instruir as partes sobre o que ele tem em mente sobre o litígio, instruindo-as concretamente sobre a suas convicções e como elas podem ser mudadas a partir dessas instruções.³

O ambiente de audiência e diálogo por si só já teria um efeito pacificador e mais propenso ao acordo do que a troca de petições, em que os atores do processo permanecem em clima beligerante.

No Brasil, o CPC de 2015 propõe um processo dialógico e cooperativo possível, dentro de diretrizes normativas de difícil compatibilidade: decisões judiciais exaustivamente fundamentadas, como exigido pelo art. 489; uma duração processual ótima e com entrega da decisão de mérito, como inscrito no art. 4º.

Na prática, os números processuais vêm caindo e a almejada rapidez vem aos poucos sendo alcançada ano a ano com a diminuição do tempo de duração processual, como aponta o relatório do CNJ “Justiça em Números” de 2019.⁴ O próximo passo será retomar a questão da qualidade, quando o da quantidade estiver equacionada. Nesse ponto, é preciso mais do que tecnologia, metas e mecanismos de resolução em massa de conflitos. É preciso uma nova mentalidade na arte de julgar que passa necessariamente pela implantação de um processo genuinamente dialógico.

O importante é que fique enraizada como filosofia a concepção do diálogo por meio de um juiz ativo com a participação engajada das partes no esclarecimento dos fatos com boa-fé, evitando-se providências inúteis e protelatórias.

O conteúdo do saneador: esclarecimento, informação e orientação

Por escrito ou em audiência, o saneador é uma convocação ao diálogo mais direto e é quando se exige o cumprimento de alguns “deveres anexos”, que lembram aqueles estabelecidos no § 139 da ZPO: a) *dever de esclarecimento* (*Aufklärungspflicht*) e de perguntar, quando há dúvidas sobre alegações, posições ou pedidos realizados em juízo; b) *dever de consulta* (*Erörterungspflicht*), que impõe ao juiz ouvir previamente as partes sobre as questões de fato ou de direito que influenciarão o julgamento da causa; c) *dever de instrução*, no qual o juiz deve advertir sobre deficiências, para que se colmate sua descrição incompleta ou omissa, evitando a decretação de

nulidade; e *d) dever de orientação (Hinweispflicht)* do juiz de expor às partes um roteiro daquilo que se deve demonstrar ou comprovar para mudar a convicção até aquele momento.

Esses deveres suscitam dúvidas sobre a imparcialidade do juiz ou sobre a tensão do dever de cooperação e diálogo com o princípio dispositivo, a fim de que o juiz não aja de ofício. Mas, *perse*, as orientações e advertências não ferem a imparcialidade. Muito pelo contrário, é a falta de indicação do juízo dos vícios e das deficiências na exposição fática e nos pedidos que pode levar à violação da garantia do devido processo.

Por fim, os fatos e as questões jurídicas não previamente discutidos pelas partes não podem servir de fundamento para a sentença, evitando-se, assim, a decisão surpresa. E se houver a advertência e a parte desconsiderou a necessidade de esclarecimento, não pode alegar surpresa mais tarde.

Análise crítica

Na reorientação de mentalidades, é necessário que o juiz exponha no saneador, seja por escrito, seja em audiência, um projeto de sentença hipotético a partir do horizonte fático posto e instrua as partes com um roteiro de tarefas para confirmar ou retificar o tal projeto de sentença. Os juízes não devem, à luz do novo CPC (LGL\2015\1656) “esconder o jogo” de suas convicções, mas, junto com as partes, percorrer sincronizadamente o caminho até a sentença de mérito.

É necessário que o juiz fale, faça juízos e compartilhe estes juízos de modo transparente e ouça, também, permitindo a retificação de tais juízos sempre que a parte competentemente orientada lhe trouxer os elementos que ele previamente designou como fundamentais para a formação de uma nova convicção. O CPC (LGL\2015\1656) – valorizando o dever de consulta – impede que o juiz conheça e leve em consideração no julgamento da causa circunstância sobre a qual as partes não puderam se manifestar.

Em relação à mediação e à conciliação, como alternativa à resolução de conflitos, ela foi saudada como grande avanço, mas não se pode negar que, entre outras razões, ela foi incentivada porque o processo judicial não funcionava em prazo compatível com as exigências de soluções do tráfego jurídico-econômico. De qualquer sorte, o legislador brasileiro não adotou a mediação e a conciliação extrajudicial, mas o fez como fase obrigatória do processo. As autocomposições judiciais no bojo do litígio continuam na preferência dos jurisdicionados. Assim, afora causas de pouca relevância e as de família, a conciliação e a mediação ainda aguardam desenvolvimentos.

Conclusão

Em conclusão, o CPC de 2015 torna o processo brasileiro dialógico em várias frentes, como na ACM obrigatória, a exigência de contraditório em todo curso processual e um saneador amplo, ainda que por escrito, mas com a possibilidade de uma audiência em casos complexos. O instrumental normativo está bem delineado no CPC (LGL\2015\1656) e se equipara o dever de instrução ao do § 139 da ZPO.

Por enquanto, o almejado diálogo presencial e ao vivo entre juízes e as partes sofre um embaraço objetivo e concreto que é a uma distribuição de processos incompatível com o número de juízes. Na Alemanha, constata-se talvez o maior número de juízes por habitante no mundo, aproximadamente 1 juiz por 4.000 habitantes. Já o Brasil conta com 1 juiz por 11.500 habitantes. Objetivamente, para que as audiências tenham lugar a contento, seria necessário aumentar essa proporção.

O processo como diálogo, no CPC (LGL\2015\1656) como pressuposto inerente à cooperação processual, está bem fincado normativamente. Tanto é assim que o juiz não pode proferir decisão contra uma das partes sem antes lhe conceder a oportunidade para manifestação, tampouco surpreender os litigantes, decidindo com base em fundamento a respeito do qual eles não tenham sido ouvidos e orientados. Mas se trata do diálogo possível. Só é possível “conversar” quando há tempo. Quiçá chegue o equilíbrio entre tempo e diálogo e um dia os juízes brasileiros também tenham uma distribuição de não mais do que 200 processos anuais.

1 STJ, AgRg no Ag 693982/SC, rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 20.11.2006: “não importa nulidade do processo a não realização da audiência de conciliação, uma vez que a norma contida no artigo 331 do CPC visa a dar maior agilidade ao processo e as partes podem transigir a qualquer momento.”

2 BRASIL. Justiça em Números 2018. Brasília, DF: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 22 abr 2020.

3 (Trad. do autor): “§ 139 *Condução material do processo*. (1) O juízo deve discutir amplamente com as partes, desde que necessário, sobre o objeto litigioso e as questões de fato e de direito dele decorrentes, e formular perguntas sobre essas questões. O juízo deve instruir as partes para que esclareçam suficientemente e em tempo hábil os fatos relevantes, especialmente que complementem exposições imprecisas dos fatos, que determinem os meios de prova e que formulem pedidos apropriados.

(2) Se um fundamento foi reconhecidamente desconsiderado pela parte ou esta o entendeu como irrelevante, deve o juízo, desde que não se trate de crédito acessório, nele basear sua decisão somente se a parte tiver sido instruída e

tiver sido dada oportunidade de se manifestar sobre ele. O mesmo vale para o caso de um fundamento ser apreciado pelo juízo de maneira diferente de ambas as partes.”

4 BRASIL. Justiça em Números 2019. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 22 abr 2020.