

*1. Era da tradição luso-brasileira a tentativa de conciliação, como diligência prévia à propositura da demanda: Ord. Felip., L. 3º, tít. 20, § 1º, com a expressa menção à conveniência de as partes não gastarem 'suas fazendas', pois 'o vencimento da causa é sempre duvidoso'; Const. do Império, art. 161, estatuinto a obrigatoriedade da diligência preliminar, confiada aos juízes de paz; Regul. 737, de 1850, arts. 23 e seguintes.*

*A República, pelo Decreto 359, de 1890, extinguiu a obrigatoriedade da tentativa conciliatória, inclusive pelo argumento de que a prática teria revelado a onerosidade do instituto, sua inutilidade como instrumento de composição dos litígios.*

*Em vários Estados, contudo, a conciliação foi mantida em caráter facultativo, geralmente confiada à Justiça de Paz. No Rio Grande do Sul, a Lei nº 10, de 16 de dezembro de 1895, decretada por Júlio de Castilhos (Lei de Organização Judiciária), dispunha competir aos então 'juízes districtaes' o 'homologar dentro de sua alçada os compromissos entre pessoas capazes de contractar' (art. 74, § 2º). Tradicionalmente os sucessivos Códigos de Organização Judiciária de nosso Estado têm atribuído aos juízes de paz dos distritos rurais o 'conciliar as partes que espontaneamente recorrerem ao seu juízo', atribuição esta aliás que, pela inteira ausência de qualquer forma processual, não ultrapassa os limites da mera mediação amigável e não ingressa, destarte, no plano jurídico.*

*A legislação trabalhista restaurou em 1932 a tentativa de conciliação em nosso direito positivo, em caráter obrigatório; a Lei 968/1949 veio a impô-la também nas ações de desquite litigioso e de alimentos, aqui como pressuposto processual.*

*O novo Código de Processo Civil trouxe a tentativa conciliatória como instituto do direito processual comum, em caráter cogente e como ato inicial da audiência, nos seguintes termos:*

*'Art. 447 - Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento'.*

*Note-se que a conciliação prévia cedeu passo (de acordo com a orientação atualmente prevalente nos países de mais sedimentada cultura jurídico-processual) à conciliação no curso do processo. O simples apelo à concórdia lançado pelo Juiz de Paz, geralmente bisonho em matéria jurídica, é substituído pela atuação diligente do próprio juiz da causa, em intervenção 'direta ao litígio, que o esclareça e ilumine, mostrando até que ponto podem ser razoáveis as pretensões de cada um dos litigantes' (Alberto dos Reis, Código de Processo Civil Anotado, Coimbra, 1950, v. III, p. 174). Chama Chiovenda a atenção (Instit. de Dir. Proc. Civil, v. II, nº 142, p. 39, trad. port. por G. Menegale) em que tanto maior será a 'probabilidade de êxito da conciliação quanto maior é a autoridade da pessoa que a tenta'. E adverte Carnelutti, ressaltando a diferença entre a simples mediação e a conciliação judicial, que nesta o objetivo visado é uma composição justa do litígio, sob pena de degradação da função do juiz interveniente (Sistema, v. I, nº 59, p. 203/205 da ed. esp. de 1944).*

*2. Refletindo sobre a conciliação, ou melhor, sobre a tentativa de conciliação como instituto processual, surge uma série de indagações, algumas de marcante interesse prático. Qual sua natureza jurídica? Ao tentar a conciliação, e, se exitosa, ao homologá-la, pratica o juiz ato de jurisdição contenciosa, ou de mera jurisdição voluntária? O comparecimento à audiência configura, para as partes, uma obrigação processual, ou quiçá um ônus? Podem as partes fazer-se presentes apenas através advogados com poderes bastantes? As partes devem ser intimadas pessoalmente ou poderão sê-lo através seus procuradores ou mediante 'nota de expediente' no Diário da Justiça? Quais as conseqüências do não comparecimento de algum, ou de todos os litigantes, à audiência? Quais as conseqüências, quanto à validade do processo, da ausência da*

*tentativa conciliatória? Pode o juiz intentar a conciliação apenas com as partes, ou a presença do advogado será indispensável à regularidade do ato?*

*3. Em primeiro lugar, assinalamos que a conciliação judicial marca um ponto de encontro entre a autocomposição e a heterocomposição da lide. É autocomposição porque as próprias partes tutelam seus interesses, fixando livremente o conteúdo do ato que irá compor o litígio; mas tal ponto de convergência é encontrado por iniciativa e sob as sugestões de um mediador qualificado, que buscará conduzir as partes no sentido de uma composição consoante com a equidade (Giuseppe de Stefano, 'Contributo alla Dottrina del Componimento Processuale', p. 20; Carnelutti, ob. cit., p. 203; Cód. Proc. Civil de Portugal, art. 509, item 1; 'Aberta a audiência, o juiz procurará conciliar as partes, tendo em vista uma solução de equidade'), embora não possa por certo o magistrado fazer prevalecer sua concepção de equidade a ponto de recusar homologação ao acordo, relativo a direitos disponíveis e sem cláusula ilícita, avençado pelas partes (Liebman, 'Risoluzione convenzionale del processo', in Riv. Dir. Proc. Civile, 1932, I, 284).*

*A doutrina tradicional e majoritária encara a conciliação como um negócio, confiado à autonomia privada; os autores mais modernos inclinam-se em considerá-la como forma de atuação da jurisdição contenciosa, pela analogia funcional entre conciliação e sentença: 'Il componimento chiude il processo e sostituisce la sentenza' (Liebman, rev. cit., p. 272 e seg.). Segundo o novo Código de Processo Civil - 'Art. 449: O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença'.*

*A conciliação, é certo, tem em comum com a jurisdição quer o ponto de partida como o de chegada: a existência de uma lide e, pois, de partes em conflito (na jurisd. voluntária, por definição inexistente o contraditório entre partes - Fred. Marques, 'Jurisd. Voluntária', § 19, item 2); e, como resultado comum, visam a composição do litígio, o que é o mesmo fim, nem mais nem menos, visando pela sentença de mérito (Carlo Nicoletti, 'La Conciliazione nel Processo Civile', p. 134). Conciliação e sentença apresentam, assim, este dado fundamental comum, de que agem simultânea e imediatamente 'sulla lite e sul processo' (Nicoletti, ob. cit., p. 157).*

*Assinalam alguns, como ponto distintivo fundamental, que na conciliação o conteúdo do ato resolutório da lide não provém, em última análise, da vontade do Estado mas sim da vontade das partes: seria, destarte, a conciliação uma 'zona estrema, o di confine, della giurisdizione contenziosa' (Mostara, 'Comentario', III, Milano, n° 9, 11 e 12) em suma, um 'equivalente jurisdicional', na classificação carnelutiana (Sistema, I, n° 59).*

*4. Sob outro ângulo, uma primeira corrente considera a conciliação um mero ato processual, de todo submetido às normas do direito processual.*

*Entendem outros a conciliação como instituto de direito substancial, em nada diverso, pois, do negócio material concluído fora do processo.*

*Posições intermediárias reconhecem na conciliação aspectos substanciais e processuais ao mesmo tempo: para alguns, tais aspectos apresentam-se dissociáveis e, inclusive, o aspecto substancial pode faltar de todo (hipótese da conciliação inexitosa); outros aceitam uma concepção unitária do fenômeno, tese dominante na Alemanha. Em sua monografia, já citada, Stefano adota a primeira posição intermediária, com prevalência do negócio substancial, e esta parece a posição mais conforme com o atual direito brasileiro.*

*O conteúdo do negócio substancial é variado. Comumente apresenta-se como uma transação, mas também é possível a conciliação através a renúncia do autor à pretensão, ou o reconhecimento do pedido por parte do demandado. Os efeitos processuais revelam-se constantes: ou a determinação de prosseguimento do processo, se inexitosa a tentativa conciliatória, ou a cessação da*

*litispendência (salvo se parcial o acordo substancial) e a concessão de exequatoriedade ao acordo (CPC, art. 584, III), quando exitosa a gestão do juiz (ressalvo, aqui, a conciliação - ou melhor, a reconciliação - nas causas de direito de família, que apresenta características peculiares). Tais efeitos processuais derivam, no direito brasileiro, não imediatamente do negócio material entre as partes, mas sim da homologação pelo juiz, sob a forma de sentença (CPC, art. 269, II, III e V).*

*5. A conciliação diverge da transação pelo seu caráter de ato praticado no curso do processo, mediante a iniciativa e com a intervenção do magistrado; por seu conteúdo substancial, nem sempre implicando em recíprocas concessões; pelas conseqüências de ordem processual. Estas últimas, entretanto, podem ser comuns à transação avençada diretamente pelas partes fora do processo, e comunicada ao juiz ora como causa de cessação do objeto do litígio, ora para obter a homologação e a exequatoriedade do acordo que estabeleça prestações a serem cumpridas.*

*Para os sujeitos do processo, a participação no ato processual conciliatório constitui uma obrigação, ou um ônus? Ao juiz, o promovê-lo é uma obrigação, e a tentativa conciliatória deve desenvolver-se não só em sua presença, mas com sua ativa participação. 'Il giudice si trova investito dell'obbligo di procedere alla conciliazione', segundo Nicoletti em comentando o art. 185 do CPC italiano, neste ponto análogo ao nosso: 'Se la natura della causa lo consente, il giudice istruttore, nella prima udienza, deve cercare di conciliare le parti, disponendo, quando occorre, la loro comparizione personale'.*

*As partes, no entanto, não estão obrigadas a comparecer, não prevendo nosso CPC nenhuma sanção juris para a hipótese de inobservância da 'determinação' (vide art. 447) do juiz (Fred. Marques, art. na 'Tribuna da Justiça' de 10.04.74), nem sequer a multa prevista no CPC português (art. 508, n° 2) ou no antigo CPC francês (art. 56), nem qualquer conseqüência no plano procedimental ou probatório. A pena de confissão, esta refere-se à ausência da parte intimada para prestar depoimento pessoal (art. 343, § 2°), não apenas para a conciliação. Em suma: a 'determinação' do juiz, prevista no art. 447, a que as partes compareçam para a tentativa de conciliação, constitui mero convite, cujo desacolhimento não representa ilícito nem ônus processual, assim inteiramente resguardada a plena opção dos litigantes em obter a sentença de mérito.*

*Na ausência de qualquer das partes (salvo se não intimadas), o juiz não deve marcar nova data para tentar a conciliação, nem poderá determinar a presença sob vara do litigante remisso; deverá, isto sim, haver a tentativa por inexitosa e mandará prosseguir no feito, consignada em ata a ocorrência (1° Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, 6ª Câmara, Apelação n° 202.862, acórdão de 07.05.74). Na hipótese de litisconsórcio, quando não presentes todos os litisconsortes, há que verificar se unitário ou não o litisconsórcio, para adequada aplicação do art. 48 do Código de Processo Civil.*

*Tenho por jurídico que o comparecimento de advogado, com poderes bastantes para transigir, renunciar e reconhecer (art. 38), é bastante para que o juiz esteja vinculado ao dever processual de promover a tentativa conciliatória: 'Para que o ato fosse considerado personalíssimo, seria necessário disposição legal expressa' (Fred. Marques, art. cit.).*

*Parece razoável a orientação dos magistrados que têm por presente a parte, pessoa jurídica, mediante o comparecimento a juízo de preposto credenciado pelo órgão presentante da pessoa jurídica. Mas o preposto, ou o advogado, deverão dispor dos devidos poderes.*

*O juiz não poderá determinar o afastamento do advogado durante as gestões conciliatórias. Se tal conduta era lícita ao tempo em que o magistrado eventualmente tentava a conciliação em caráter apenas 'oficioso', não o é agora em que a diligência é ato processual, sendo um direito da parte manter-se acompanhada e orientada por seu procurador judicial. Neste sentido recomendação do*

*Simpósio promovido, em agosto pretérito, pela Associação dos Magistrados Brasileiros.*

*Problema difícil de solucionar, máxime pelas repercussões de ordem prática, é o de saber se a parte deve ser intimada pessoalmente, ou se poderá sê-lo na pessoa do advogado com poderes bastantes. Aceito a segunda solução: a) ao dispor sobre a conciliação, o CPC não repete a norma do art. 343, pela qual na hipótese de depoimento pessoal 'a parte será intimada pessoalmente'; b) a intimação pessoal pode revelar-se numerosas vezes muito difícil, como quando numerosos os AA. e/ou os RR., ou quando residentes em outra comarca ou, quiçá, no exterior; c) o objetivo da conciliação é resolver de pronto a lide, e não o de propiciar o adiamento das audiências e demora no andamento do feito. Assim, a parte pode ser intimada na pessoa de seu procurador, quando dotado de poderes bastantes, e inclusive por nota de expediente no órgão oficial (art. 236).*

*6. Qual a conseqüência processual da omissão da tentativa conciliatória prevista no art. 448? A meu sentir, a disponibilidade da pretensão de direito material, 'direitos patrimoniais de caráter privado', é impeditiva da sanção de nulidade. Se o juiz, de ofício ou por provocação de parte, notar a omissão antes de prolatada a sentença, creio deva providenciar, embora com atraso, em realizar o ato processual postergado. Se, entretanto, a omissão for suscitada somente após prolatada a sentença, então a composição jurisdicional da lide superou qualquer possibilidade de buscar, com a conciliação, uma composição negocial da mesma lide. Incidem à espécie os princípios básicos sobre nulidade: quando a lei prescrever determinada forma, sem a cominação de nulidade (como é o caso), o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo (através a sentença), lhe alcançar a finalidade (a composição da lide). É o art. 244 do CPC. De outra parte, o ato não se repetirá, nem se lhe suprirá a falta, quando não prejudicar a parte (art. 249, § 1º); ora, nenhuma das partes poderá, proferida a sentença, pretender que seu prejuízo (= sua sucumbência) total ou parcial será minorado com a anulação do processo para a realização da tentativa conciliatória, pois a parte adversa não irá, quando menos na generalidade dos casos, abrir mão de expectativas cuja procedência já fora reconhecida. Reporto-me ao magistério de Galeno Lacerda sobre nulidade, in 'Despacho Saneador', Cap. IV, nº 6 e Cap. V, nº 8.*

*Problema altamente interessante é o relativo à conciliação (rectius, reconciliação) nas ações de desquite, como providência pré-processual (Lei 968/49); e à dupla conciliação prevista no curso da ação de alimentos (Lei 5.478/68), extensiva (?) às ações ordinárias de desquite, nulidade e anulação de casamento (art. 13). O assunto, com vistas ao disposto no art. 447, parágrafo único, do novo CPC, poderá ser objeto de próximo comentário.*

*7. Temos por oportuno, ao fim, renovar a expressiva advertência: 'O juiz pode sentir a tentação de se servir da tentativa conciliatória para se eximir ao estudo e julgamento da causa, sobretudo quando esta seja difícil, delicada e complexa; mas é necessário que saiba defender-se contra esta tentação, de modo a não ultrapassar, nos esforços e diligências empregados, a linha de compostura e correção, que deve ser timbre impecável do magistrado judicial' (Alberto dos Reis, ob. cit., p. 178).*

*Agindo diversamente, a própria finalidade da conciliação restaria iludida, e uma excessiva freqüência de conciliações seria indício de um difuso ceticismo e de uma latente crise da Justiça.*