

## **PODERES CONCILIATÓRIOS DO JUIZ\***

**SEBASTIÃO DE OLIVEIRA CASTRO FILHO\*\***

*Professor de Direito Civil e Direito Processual Civil da UCG e do IESB, Membro da AGEMDA, do IPDP e do IBDP e Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça*

Sumário:

1. Introdução – 2. A conciliação no direito brasileiro – 3. Momento da conciliação – 4. Facultatividade ou obrigatoriedade da tentativa de conciliação – 5. Poder conciliatório in fine litis do juiz – 6. Conclusão.

### **1. INTRODUÇÃO**

A legislação processual balisa-se por princípios que lhe são fundamentais. Alguns, informativos do processo, outros, do procedimento. Dentre os do processo, dois existem que são de suma importância no norteamento do juiz na condução e decisão do feito. São os princípios inquisitivo e dispositivo.

O primeiro, destinado diretamente ao juiz, é aquele que reserva ao órgão judicial poderes mais abrangentes, de ator principal no cenário do processo; o segundo já lhe impõe maiores limitações, atribuindo às partes o principal papel.<sup>1</sup>

---

\* Texto básico de palestras proferidas pelo autor, com notas inseridas posteriormente.

<sup>1</sup> José Carlos Barbosa Moreira, Reformas processuais e poderes do juiz, Revista jurídica 306/7, abr. 2003.

O princípio dispositivo figura no rol dos mais relevantes entre aqueles que informam o processo;<sup>2</sup> é fundamental, pois é o que atribui às partes toda a iniciativa, não só no que tange à instauração, com a propositura da demanda, como no que diz respeito ao prosseguimento ou não do processo, e interposição dos recursos inerentes à causa.

Já o princípio inquisitivo, sem embargo de ser também informativo do processo, é aquele que se refere à liberdade de iniciativa do juiz, não na instauração da relação processual, mas no desenvolvimento do processo e na decisão da causa.

Dispositivo e inquisitivo, em resumo, são princípios basilares que, não obstante sigam linhas paralelas, que muitas vezes até se tocam, devem caminhar em harmonia para o próprio bem do processo.

Época houve em que o princípio inquisitivo era bastante frágil. Por isso, o juiz, na maioria das fases do processo, não passava de mero espectador; ultimamente, não, o princípio dispositivo tem se enfraquecido em alguns momentos, o que resulta em robustecimento do princípio inquisitivo, o que, de certo modo, se justifica, pois, com a evolução dos tempos, mais se fortalece a convicção de que o processo, embora, em regra, para instaurar-se dependa da iniciativa da parte, é, de igual modo, meio de pacificação social e, pois, instrumento de ordem pública.

Os poderes conciliatórios do juiz defluem do princípio inquisitivo, mas como, para haver conciliação, evidentemente, há necessidade de ajuste de vontade entre as partes, o consenso, não obstante seja obtido por provocação do juiz, que atua como mediador, surge como emanção do princípio dispositivo. É dizer, as partes, ao disporem, livremente, de seus direitos, podem dele abdicar, no todo ou em parte. Na primeira hipótese, haverá renúncia do direito, se o manifestante for o autor, e anuência ao pedido, se a manifestação partir

---

<sup>2</sup> Humberto Theodoro Jr., Curso de direito processual civil, Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 1, p. 29.

do réu. Se, ao contrário, as concessões forem recíprocas, haverá conciliação.<sup>3</sup>

## 2. A CONCILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O atual Código de Processo Civil foi instituído pela Lei 5.869, de 11.01.1973, mas, antes mesmo de entrar em vigor, teve vários de seus artigos retificados pela Lei 5.925, de 1º.10.1973.

O anteprojeto, como se sabe, foi elaborado por Alfredo Buzaid, que recebera lições de Enrico Tullio Liebman, durante sua permanência no Brasil, entre os anos de 1945/1950. Daí a acentuada influência chiovendiana, já que Liebman fora discípulo de Giuseppe Chiovenda.

Concluído o anteprojeto, foi ele encaminhado ao Ministério da Justiça. O País encontrava-se no auge do Regime Militar, instaurado com a Revolução de 1964. Era, então, Presidente da República Emílio Garrastazu Médici, que levou Buzaid para o Ministério da Justiça. Com isso, transformado o anteprojeto em projeto de um novo código, e encaminhado ao Congresso Nacional, teve tramitação relativamente rápida. Sancionado, entrou em vigor no dia 1º de janeiro do ano seguinte, 1974.

Em relação ao Código de Processo Civil de 1939 – primeiro código processual de âmbito nacional, cujo anteprojeto acabou sendo entregue à responsabilidade de Pedro Batista Martins –, este trazia muitas novidades e entrou em vigor sem que houvesse qualquer obra que o

---

<sup>3</sup> Em que pese seja a transação, igualmente, o resultado de um ajuste bilateral de vontades, difere da conciliação. Esta é realizada no processo, com a participação do juiz, aquela é celebrada pelas partes, sem influência do dirigente do processo, que até poderá inexistir. Ambas, porém, para se submeterem aos atos de execução, dependem de homologação do juiz.

comentasse,<sup>4</sup> o que trouxe, principalmente, aos menos experientes, muitas perplexidades.

Estava eu, à época, nos primeiros anos da carreira de magistrado, numa pequena comarca do Estado de Goiás, chamada Ivolândia. Preocupado por não ter com quem trocar idéias,<sup>5</sup> fui para Goiânia, com a família, no recesso forense de janeiro de 1974, e aproveitei para ler todo o Código. Fi-lo, sistematicamente, desde a exposição de motivos até o último artigo, anotando as novidades, que não eram poucas, e as dificuldades, que eram muitas.

Entre as inovações, via-se, no capítulo que cuida da audiência, uma seção nova, tratando da conciliação,<sup>6</sup> dispondo, no art. 447, que, versando o litígio sobre direitos patrimoniais privados, o juiz, de ofício, devia "determinar o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento,<sup>7</sup> para a tentativa de acordo" (art. 448).

### 3. MOMENTO DA CONCILIAÇÃO

Embora aplaudindo a novidade,<sup>8</sup> pareceu-me tardio o momento, principalmente quando se tratasse de procedimento comum ordinário. No então denominado "sumaríssimo" nem tanto, uma vez que o

---

<sup>4</sup> Poucos anos antes, em 1969, fora aprovado um Código Penal para o Brasil. Tinha, evidentemente, data prefixada para vigor, porém foi revogado antes de entrar em vigor. Pode-se imaginar o prejuízo para muitas editoras, que o colocaram nas livrarias, e para alguns penalistas que chegaram, em parte, a comentá-lo. Isso, talvez, explique o fato da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973 sem que houvesse comentário de qualquer de seus dispositivos, salvo alguns artigos em órgãos especializados.

<sup>5</sup> Na pequena cidade, até então, não havia ninguém, além do juiz, graduado em direito (ou em qualquer curso superior).

<sup>6</sup> Antes, já havia esbarrado com a novidade, ao ler o § 1º do art. 278, no capítulo que tratava do Procedimento, Sumaríssimo.

<sup>7</sup> O art. 447 fazia-se acompanhar de um parágrafo, que estabelecia a tentativa de conciliação, nas causas relativas à família, "nos casos e para os fins em que a lei, consente a transação".

<sup>8</sup> Tratava-se de inovação em termos de Código; não era a conciliação, entretanto, estranha ao nosso ordenamento jurídico, uma vez que já era prevista pela Lei 968, de 10.12.1949, como providência preliminar do juiz, antes mesmo de despachar a petição inicial, nas causas de desquite litigioso e de alimentos.

réu era citado para oferecer defesa na audiência, como ocorre ainda hoje no procedimento agora chamado "sumário". Logo, o lapso entre a propositura da demanda e o dia da audiência, em regra, não é longo. Mas, no procedimento ordinário, tantos são os incidentes possíveis de ocorrer que a propositura da demanda e a audiência de instrução e julgamento podem se distanciar uma da outra em meses ou até anos.

Ora, assim sendo, afigurou-se-me, num primeiro momento, que o legislador não obrara bem; melhor seria que a tentativa de conciliação fosse feita em momento bem anterior; não, na fase praticamente final, após tanto gasto de tempo, de dinheiro e, principalmente, de adrenalina em vista da longa espera e dos aborrecimentos freqüentemente verificados nas demandas judiciais.

A experiência, contudo, incumbiu-se de mostrar-me o contrário; o tempo se encarregou de provar-me que, felizmente, ainda que em parte, estava eu equivocado, uma vez que, com paciência e habilidade,<sup>9</sup> vim a conseguir muitos acordos, mesmo em algumas causas que se haviam alongado demasiadamente no tempo.

Passados 20 anos, na primeira grande reforma do Código de Processo Civil, entre as diversas mudanças, importante alteração se deu em relação ao momento da tentativa de conciliação. Veio com a Lei 8.952, de 13.12.1994, que, alterando a redação do art. 331, abriu, na fase de saneamento, outra oportunidade ao juiz para uma tentativa de conciliação, numa audiência, a realizar-se num prazo máximo de trinta dias.

---

<sup>9</sup> Paciência e habilidade, eis o binômio estrutural à consecução de acordos. O juiz deve ter paciência para falar e ouvir as partes, em separado e conjuntamente. É habilidade para, individualmente, alertar autor e réu sobre os riscos do insucesso, caso tenha que decidir a demanda. Deve fazê-lo com habilidade e cuidado especiais, para evitar suspeitas de parcialidade. Como dizem Nelson e Rosa Maria Nery, "(...) deve o juiz fazer as partes anteverem as possibilidades de sucesso e de fracasso de suas pretensões, sem prejudicar a causa e sem exteriorizar o seu entendimento acerca do mérito" (Código de Processo Civil comentado, São Paulo: RT, 2006, p. 334, nota 7).

Louvei a iniciativa, mas logo percebi que a inovação não caíra na graça da maioria dos juízes. Diziam que, atarefados com tanto trabalho, e já com sua pauta de audiências comprometida por meses e meses, não lhes seria possível encontrar espaço para mais uma audiência, principalmente no curto espaço de tempo imposto pelo Código.

Como no Brasil não há preocupação com estatísticas, mormente na área do Poder Judiciário,<sup>10</sup> sem que se saiba se deu certo ou não a alteração, menos de oito anos depois, eis nova mudança: a seção que dispunha sobre o "saneamento do processo" passou a tratar de uma "audiência preliminar" , alterando-se, mais uma vez, a redação do art. 331. Enquanto, antes, o Código determinava que o juiz designasse a audiência, agora, por força da alteração trazida pela Lei 10.444, de 07.05.2002, que acrescentou um parágrafo – o 3º – ao artigo em referência, simplesmente faculta a tentativa de conciliação, dizendo que, "se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º".<sup>11</sup>

#### **4. FACULTATIVIDADE OU OBRIGATORIEDADE DA TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO**

---

<sup>10</sup> Nessa matéria, principalmente no tocante ao Processo Civil, somos uma lástima: faz-se uma alteração e, antes mesmo de se saber, objetivamente, qual o resultado, já vêm as mudanças. Tantas que o Código está se desfigurando; o sistema está ficando seriamente ameaçado. E, antes que se transforme em consolidação de leis processuais (para não falar em simples colcha de retalho), já se pensa em fazer um novo código. O atual, até o momento em que são redigidas essas considerações, já foi alterado, direta ou indiretamente, por nada menos que setenta e duas leis e uma dessas famigeradas medidas provisórias.

<sup>11</sup> Com a devida vênia daqueles que pensam diferentemente, a mim me parece que, embora proferida no bojo da decisão de saneamento, a parte que diz respeito à dispensa da audiência preliminar não está sujeita à fundamentação. Basta diga o juiz que, em vista das circunstâncias de que se reveste o conflito de interesses, mesmo que, por sua natureza, admita transação, entende improvável a conciliação, poderá, sendo o caso, dar o processo por saneado é, fixados os pontos controvertidos, determinar a produção das provas e designar a audiência de instrução e julgamento.

Tendo em vista os termos em que redigido o caput do art. 447 do diploma processual, alguns processualistas, até de renome, entendem que a conciliação deve ser tentada, sob pena de nulidade da audiência e dos atos que a sucederem, inclusive a sentença.

Com efeito, assim dispõe o mencionado dispositivo:

Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará [grifei] o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento, para a tentativa de conciliação.

Na minha compreensão, data venia, sem embargo da imperatividade dos verbos – determinará o comparecimento ... tentará conciliar as partes – não há falar em nulidade. E de se ter presente que o propósito do legislador, ao instituir a proposta de conciliação, foi agilizar a entrega da prestação jurisdicional.<sup>12</sup> A omissão do juiz, quer seja no sentido de intimar as partes para esse fim, quer seja pela falta de proposta de acordo não pode provocar a nulidade da audiência, porque não produz prejuízo a quem quer que seja.<sup>13</sup> Prejuízo poderá haver, ao menos quanto ao tempo de duração do processo, com a renovação do ato, pois, mesmo que bem-sucedido, isto é, ainda que se celebre o acordo, o resultado quanto à vida do processo será o mesmo: seu término, só que com um consumo, agora, maior de tempo.<sup>14</sup>

Ademais, nada obsta que as partes, se tiverem, realmente, interesse em fazer acordo, façam-no mesmo depois da sentença. A

---

<sup>12</sup> É verdade que, além disso, há outras prováveis vantagens. Inegavelmente a conciliação, em regra, minimiza os efeitos desagradáveis do litígio, o que pode resultar em benefício que extrapole o âmbito de interesse dos litigantes e repercutir na paz social. Como disse conceituado processualista (Kazuo Watanabe) certa feita, enquanto os litigantes, ao final do processo, não raro se inimizam, se o feito termina em conciliação, nada impede que celebrem o resultado com um copo de cerveja, no bar mais próximo.

<sup>13</sup> Nessa mesma linha, há várias decisões do STJ. De igual modo, VIENTA, concl. 43. V tb. Humberto Theodoro Jr., op. cit., p. 444.

<sup>14</sup> Nulidade poderá existir, por falta de tentativa de conciliação, nas causas de família, mormente nos casos de separação. Em tais situações, o próprio interesse social reclama a intervenção do Estado, na pessoa do juiz, no sentido de pacificar as famílias.

transação poderá ser celebrada antes ou depois de interposto recurso, pondo fim ao litígio. Homologada, estará findo o processo.

Que tais argumentos, todavia, não sirvam de pretexto para não-realização da tentativa de conciliação nos momentos apropriados. Ao contrário, como já dito, sou também um entusiasta a seu respeito. Tanto que, no STJ, posicionei-me ao lado da ilustre Ministra Nancy Andrichi, na sua proposta, infelizmente inexitosa, de levar a tentativa de conciliação àquela Corte.<sup>15</sup>

## 5. PODER CONCILIATÓRIO INICIAL DO JUIZ

O desenvolvimento social nas últimas décadas acabou por incrementar novas demandas e, por via oblíqua, possibilitou o nascimento também de novos direitos.<sup>16</sup> O constituinte de 1988 não ficou insensível a isso. Em consequência, a atual Constituição da República cuidou de abrir as portas do Judiciário principalmente às camadas menos favorecidas economicamente. Mesmo assim, ainda há demanda contida por circunstâncias variadas, como custo do processo; longas distâncias entre o local de residência do jurisdicionado e a sede da comarca; ignorância de seus próprios direitos e, em grau menos acentuado, por descrédito do Poder Judiciário.<sup>17</sup> Não obstante, cresce preocupantemente a cada ano a procura como ingresso de milhões de novas demandas, o que mais contribui para o agravamento da imagem do Poder Judiciário perante a opinião pública.

---

<sup>15</sup> Em vista da extensão do território brasileiro, a conciliação das partes, pessoalmente, no STJ poderia ser dificultada. Mas nada impediria fossem elas, para tal fim, também representadas por seus procuradores. Há notícias de que a experiência tem sido bem sucedida em alguns tribunais de segundo grau, o que é ótimo até mesmo como estímulo a alguns juízes de primeiro grau, não muito afeiçoados à prática.

<sup>16</sup> Benedito Cerezzo Pereira Filho, O poder do juiz: ontem e hoje, Revista da Ajuris 104/29, dez. 2006.

<sup>17</sup> Magistrado por mais de trinta e seis anos, sou testemunha ocular da queda de prestígio da justiça nas últimas décadas. E não se deve debitar a maior parcela disso a conta das mazelas, que, embora em grau muito inferior ao que se verifica nos outros poderes, existe (e deve ser combatida com o máximo rigor). O desprestígio do Judiciário está diretamente ligado, principalmente, à demora do processo.

Daí a urgente necessidade de pensar em algumas alternativas. Uma delas seria a busca em outras fontes, de raízes não latinas, de instrumentos novos mais eficientes, quanto à celeridade, na entrega da prestação jurisdicional. Outra, poderia ser, com base no que já temos, a ampliação do uso da conciliação, E para isso não precisamos de mais leis, o de que necessitamos é de um pouco mais de boa vontade do juiz, de quem, a "(...) cada dia que passa, mais se solicita no sentido de se exigir a sua participação para compensar as relações sociais em jogo".<sup>18</sup>

É de não se perder de vista que o atual Código de Processo Civil coloca à disposição do dirigente do processo várias oportunidades para a tentativa de conciliação. Uma delas está no art. 125, inciso IV, que autoriza o juiz "tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes".

A salutar inovação veio ao Código de Processo Civil por inserção feita pela Lei 8.952, de 13 12 1994 Lamentavelmente, tem passado despercebido à maioria dos magistrados que dela poderiam lançar mão para a tentativa de conciliação initio litis.<sup>19</sup>

Com efeito, se a lei dá ao juiz poder para tentar conciliar as partes a qualquer tempo, nada impede que essa tentativa de composição se dê logo no início, até antes mesmo da abertura do prazo para resposta.<sup>20</sup>

Assim, penso que, em vez de censura, mereceria encômios o juiz que, ao mandar citar o réu para a demanda, fizesse consignar no

---

<sup>18</sup> Fritz Baur, O papel ativo do juiz. RePro 27/193, São Paulo: RT.

<sup>19</sup> Na dicção do art. 263 do vigente diploma processual, "Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente, distribuída, onde houver mais de uma vara". Na minha concepção, considera-se proposta a demanda tanto que feito o registro da petição inicial na portaria do Fórum Ora, se partir de então já há processo, já há partes E, se o Juiz está autorizado a tentar a conciliação a qualquer tempo nenhum óbice existe a que o faça a partir de então.

<sup>20</sup> Poder-se-á afirmar ser defeso ao juiz suspender ou ter romper o prazo para resposta sem previsão legal, por se tratar de prazo peremptório. Isso é correto, mas qual Seria o prejuízo? Na pior das hipóteses, não conseguida a conciliação, o prejuízo ao autor seria pela perda de poucos dias, no tempo processual. Não se deve perder de vista que, em matéria de processo, às vezes, os fins justificam os meios. Os fins, no caso, consistiriam na busca de solução rápida do litígio, anseio maior hoje do jurisdicionado brasileiro.

mandado que deveria ele comparecer à sede do juízo em dia e hora predeterminados, em prazo, por exemplo, não superior a dez dias, para a tentativa de conciliação. No mesmo mandado, consignar-se-ia que, não conseguida a conciliação, por qualquer motivo, inclusive pelo não-comparecimento das partes, abrir-se-ia, a partir de então, o prazo para oferecimento de resposta, em quinze dias, a contar da data preconizada para o ato, a ser realizado pelo próprio juiz ou por conciliador.<sup>21</sup>

A intimação do autor seria feita na pessoa do próprio advogado que poderia comparecer acompanhado da parte ou, tendo poderes bastantes, poderia representá-la na audiência, esta, realmente, preliminar.

E não se diga que a providência redundaria, frustrada a iniciativa, em atraso do processo. O retardamento de poucos dias, dez, talvez, e, por certo, os insucessos seriam compensados com os casos exitosos.

## 6. CONCLUSÃO

Há muitos poderes do juiz que, ou não são usados, ou deles não se tem feito o melhor uso. Tal é o poder conciliatório que, para ser utilizado, está na dependência, quase que somente da boa vontade do juiz. E para ser exercido exitosamente exige habilidade do conciliador, que, se for o próprio juiz, deverá agir com especial cuidado, a fim de não se antecipar quanto ao mérito, despertando a desconfiança de alguma das partes. Os poderes conciliatórios já estão no Código; dispensam, para serem usados, de edição de novas leis, salvo para generalizar a utilização de conciliador.

---

<sup>21</sup> A figura do conciliador aparece hoje nos juizados especiais e no procedimento sumário. Por que não generalizá-la para todos os tipos de procedimento no processo de conhecimento? Exercida a função por alguém deveras preparado para tal, além de servir de instrumento de abreviação da prestação jurisdicional, serviria para liberar o juiz para outros atos que inadmitem delegação.

Em conclusão, nessa matéria, como em muitas outras, mais que de reforma legislativa, o que carecemos é de uma reforma de mentalidade, tal qual tem recomendado, em muitas oportunidades, essa insigne jurista Teresa Arruda Alvim Wambieri muito oportuna e justamente homenageada com esta obra, da qual muito me gratifica participar, embora de forma assim tão pálida.