

A CONCILIAÇÃO NO PROCESSO CIVIL

JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO

1. A publicação de um anteprojeto de lei, no *Jornal do Comércio* de 17 de setembro último, de autoria do advogado WALTER LEMOS DE AZEVEDO, objeto de discussão no Instituto da Ordem dos Advogados de Minas Gerais, devido a iniciativa do seu operoso e preclaro presidente, prof. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, veio focalizar, entre nós, novamente, atraente tema de direito processual civil — a conciliação.

O assunto, digno de nota, ao nosso ver, merece ser estudado sob dois aspectos: O primeiro, para se verificar se efetivamente há conveniência ou necessidade de se instituir a conciliação no nosso processo civil. Sob este prisma, caberá reexaminar a finalidade do instituto, o seu histórico, o seu conceito, as vantagens e as críticas que lhe têm sido indicadas e apontadas. Sob um segundo aspecto, haveria que fixar a forma por que se pretende introduzir a conciliação, isto é, a bem dizer, o texto ou a relação pela qual seria modificado, neste particular, o Código de Processo Civil.

Dentro nas possibilidades e conveniências desta Revista e para que a colaboração não atinja proporções indesejadas, propomo-nos a examinar aqui tão somente o primeiro aspecto, ficando o segundo para outra oportunidade.

2. No que diz respeito ao conceito, sabe-se que a conciliação, ou "auto-composição, na técnica de CARNELLUTTI (1), é o ato processual pelo qual as partes, com a intervenção do juiz, alcançam a justa composição da lide.

Tem a conciliação estreita afinidade com a *mediação*, o *compromisso* e a *transação*, contratados do direito civil bem conhecidos.

Visam uma e outros a estabelecer um acordo de vontades sobre uma relação jurídica, tendo, contudo, cada um, caracteres que os distinguem nitidamente uns dos outros.

Assim, enquanto na *mediação* o elemento de aproximação das partes é um terceiro estranho aos interessados, tal elemento, na *conciliação*, é o juiz. Enquanto, no *compromisso*, a composição do litígio iminente ou pendente é deferida ao árbitro, na conciliação o concerto da demanda é alcançado pelas próprias partes. E, ao passo, que, na *transação*, esta se efetua com sacrifício de ambas

(1) *Estudios de Derecho Procesual*, trad. SANTIAGO SENTIS MELLEND, I, pág. 205; *Sistema*, I, n.º 59.

as partes, a conciliação pode ser lograda sem sacrifício de um dos interessados e até com a renúncia pura e simples.

CARNELUTTI assinalou bem a distinção entre a mediação e a conciliação (2), RUGGIERO (3) mostrou com segurança os traços que a separam do compromisso e da transação, e REDENTI (4) demonstrou com clareza que a conciliação abrange a transação.

Não obstante, como se disse, têm os três institutos êsse objetivo comum: alcançar um acôrdo de vontades, sôbre determinada relação jurídica.

3. Com essa finalidade, figura a conciliação, seja sob a forma de mediação, seja sob a forma de transação, desde tempos imemoriais entre os meios de que se valem os indivíduos para atingir a paz social.

AFONSO FRAGA, em preciosa monografia sôbre a transação (5) mostra ser impossível precisar como e quando teve nascimento essa valiosa «dirimente da luta», referindo que parece ter surgido na civilização hebraica, conforme o texto de São Mateus: Cap. V. vers. 25: «Esto consentiens adversario tuo cito, dum es in via cum eo: ne forte tradat de adversarius judici, et judeo tradat, te ministro, et in carcerem mittaris».

Como quer que seja, tôdas as civilizações buscaram êsse meio pacífico de prevenir ou por fim à contenda judiciária.

Assim, MORTARA (6) refere a existência da conciliação na Holanda e na Prússia, antes da Revolução Francêsa, e no mesmo sentido é a observação de EMILIO A. AGRIELO, na «*Revista de Derecho procesal*, de HUGO ALSINA (7), que acrescenta se encontrarem precedentes na Noruega e na Dinamarca.

Contudo, como nota êste autor argentino, a fonte geralmente apontada da conciliação, como instrumento especificamente do processo civil, nos moldes pelos quais se incorporou ao direito moderno, se encontra nos decretos da Assembléia Constituinte da França, de 16 e 24 de agosto de 1790, a partir dos quais passou a existir, ali o «bureau de paix ou de conciliation» (8).

(2) *Sistema*, loc. cit., pág. 202. Veja-se também CHIOVENDA, *Princippii*, § 73; MORTARA, *Commetnário*, III, n.º 12.

(3) *Instituições*, trad. brasil. ARY DOS SANTOS III, pág. 39.

(4) *Profili Pratici*, 2.ª ed., pág. 182.

(5) *Da Transação*, n.º 10 e segs.

(6) *Op. cit.*, pág. 3.

(7) Ano de 1949, 1.ª parte, pág. 341.

(8) GARSONNET, *Traité th. e prat. de procédure*, 1904, vol. II, pág. 364. No mesmo sentido, ALSINA, *Tratado teor. y Práct. de Derecho Procesal*, vol. II, pág. 451, nota, 47.

No que diz respeito, mais de perto, às fontes do direito brasileiro, porém, como assinalou, em artigo para a *Revista Forense* o eminente prof. SEBASTIÃO DE SOUSA (9), muito anteriormente o direito português continha normas expressas para a conciliação, que era função atribuída pelos forais aos «avindores» (10).

A norma figurava nas Ordenações Afonsinas:

«Os juizes devem muito trabalhar por trazer as partes à concórdia, e isto não é de necessidade mas de honestidade e virtude pelos tirar de trabalhos, omesio e despesas» (Livro III, Tit. XX, § 5, transcrito pelo prof. SEBASTIÃO DE SOUSA).

E nas Ordenações Filipinas vinha o preceito imperativo:

«E no começo da demanda dirá o juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas e sigam entre elles os ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas, por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre é duvidoso» (Livro III, Tit. XX, § 1.º; «idem»).

Assim encontrada nas fontes do nosso direito, que se originou de Portugal, a conciliação, já agora por influência, segundo o depoimento autorizado de RAMALHO (11) da «legislação das nações modernas» — no caso, a França que assim instituiu —, mereceu as honras do primeiro texto constitucional do Império do Brasil (art. 161), que a prescreveu com o caráter obrigatório, preliminar e condição da ação, criando juizes privativos, de eleição popular — juizes de paz —, para a promoverem entre os cidadãos desavindos.

Assim, foi regulada pela lei de 15-10-1827 (art. 5.º, § 1.º), pelo Regulamento de 15-3-1842 (art. 1, n.º 1), e assim passou a figurar no Regulamento 737, de 25-11-1890, cujo texto, pela importância sempre atribuída a este, convém transcrever, porque dá idéia da prática da conciliação nos tempos pretéritos e porque sendo hoje de acesso difícil, servirá de subsídio para a segunda parte do nosso estudo:

“Art. 23. Nenhuma causa comercial será proposta em juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por ato judicial, ou por comparecimento voluntário das partes.

Exetnam-se:

§ 1.º — As causas procedentes de papéis de crédito comerciais que se acharem endossados.

§ 2.º — As causas em que as partes não podem transigir, como os curadores fiscais dos falidos durante o processo da declaração da quebra, os administradores dos negociantes falidos, ou falecidos, os procuradores públicos, tutores, curadores e testamenteiros.

§ 3.º — Os atos da declaração da quebra.

(9) Rev. For., 131, pág. 597.

(10) Cf. ALEXANDRE HERCULANO *História de Portugal*, vol. 8, pág. 271 cit. por SEBASTIÃO DE SOUSA.

(11) *Praxe Brasileira*, § 68, nota “a”.

§ 4.º — As causas arbitrais, as de simples officio do juiz, as execuções, comprehendidas as preferenciais e embargos de terceiro; e em geral só é necessária a conciliação para a ação principal, e não para as preparatórias ou incidentes.

Art. 24 — Pode intentar-se a conciliação perante qualquer juiz de paz onde o réu fôr encontrado, ainda que não seja na freguezia do seu domicílio.

Art. 25 — Pode também o réu ser chamado por editos para a conciliação nos casos do art. 53, § 1.º, e nos termos do art. 45.

Art. 26 — Quer no juízo do domicílio do réu, quer no caso do art. 24, poderá o autor chamar o réu à conciliação, e nela poderão comparecer as partes por procurador, com poderes especiais para transigir no juízo conciliatório.

Art. 27 — A petição para a conciliação deve conter: os nomes, pronomes, moradas dos que citam e são citados; a exposição sucinta do objeto da conciliação, e da declaração da audiência para que se requerer a citação; podendo esta ser feita para comparecer no mesmo dia só em caso de urgência e por despacho expresso do juiz.

Art. 28 — Nas demandas contra sociedades ou companhias comerciais será chamada à conciliação a pessoa que administra; e sendo mais de um os gerentes ou administradores, bastará chamar um deles.

Art. 29 — Nas questões relativas a estabelecimentos comerciais ou à fábricas administradas por feitores ou prepostos, nos termos dos arts. 74 e 75 do Código Comercial, poderão estes ser chamados à conciliação pelos atos que como tais tiverem praticado.

Art. 30 — A citação para a conciliação pode também ser feita com hora certa, na forma do art. 46.

Art. 31 — Justificando o réu doença ou impedimento, poderá o juiz marcar-lhe um prazo razoável para comparecer pessoalmente, independente de nova citação; e na falta de seu comparecimento pessoal nessa audiência, bem como em geral nos casos de revelia à citação do juiz de paz, se houverão as partes por não conciliadas, e será o réu condenado nas custas.

Art. 32 — Não comparecendo o autor na audiência para que fêz citar o réu, ficará circundada a citação, sendo condenado nas custas; e não poderá ser de novo o réu citado sem as haver o autor pago ou depositado com citação do réu para se levantar.

Art. 33 — Comparecendo às partes por si os seus procuradores, lida a petição, poderão discutir verbalmente a questão, dar explicações e provas, e fazer reciprocamente as propostas que lhes convier. Ouvida a exposição, procurará o juiz chamar as partes a um acôrdo, esclarecendo-as sobre os seus interesses e inconvenientes de demandas injustas.

Art. 34 — Verificada a conciliação, de tudo lavrará o escrivão no respectivo protocolo termo circunstanciado, que será assinado pelo juiz e partes, dando as certidões que lhe forem requeridas, independente de despacho do juiz, a não serem requeridas por terceiras pessoas.

Estas certidões terão execução nos termos do Decreto de 20 de setembro de 1829.

Art. 35 — Se as partes se não conciliarem, ou nos casos de revelia (art. 31), fará o escrivão uma simples declaração no requerimento para constar no juízo contencioso, lançando-se no protocolo para se darem as certidões quando sejam requeridas. Poderão logo ser as partes aí citadas para o juízo competente, que será designado, assim como a audiência do comparecimento, e o escrivão dará prontamente as certidões.

Art. 36 — Independente de citação, poderão as partes interessadas em negócio comercial apresentar-se voluntariamente na audiência de qualquer juiz de paz, para tratarem da conciliação, sendo o seu processo e efeitos os mesmos determinados nos arts. 33, 34 e 35.

Art. 37 — No ato conciliatório, poderão as partes sujeitar-se à decisão do mesmo juiz conciliador; e neste caso o termo por elas assinado e pelo juiz terá a força de compromisso.

O juiz, como árbitro, dará sobre sentença, que, depois de homologada, será pelo juiz competente executada com recurso, ou sem êle, se assim convençionarem as partes.

Art. 38 — A citação para a conciliação, ou comparecimento voluntário das partes na audiência do juiz de paz, interrompe a prescrição, constitui desde logo o devedor em mora, contanto que a ação seja proposta até um mês depois do dia em que se não verificou a conciliação”.

Não obstante assim tão minuciosamente regulada e não obstante incluída na consolidação RIBAS, que a considerava «inspirada por um ideal de interesse público — evitar litígios e manter a harmonia entre os cidadãos» (12), foi a conciliação, após a proclamação da república, suprimida, pelo Dec. n. 359, de 21-4-1890, sob o fundamento de que se verificava “a inutilidade da tentativa conciliatória” e de que acarretava dificuldades, despesas e procrastinação dos processos.

Em Minas Gerais, porém, restabelecida a autonomia dos Estados em matéria processual, a Lei n.º 17, de 26-11-1891, adotou a conciliação, perante o juiz de paz, nos moldes do Regulamento 737, para suprimi-la depois, com o advento do Código de Processo do Estado de Minas Gerais (Lei n.º 830, de 7-9-1922).

Já sob a influência dos Códigos estaduais e de doutrina e legislação estrangeiras, restabelecida a unidade processual, o Código de Processo Unitário, de 1939, nenhum dispositivo dispensou à conciliação desaparecendo, assim, o instituto do nosso direito processual civil positivo.

Posteriormente, a Lei 968, de 10-12-1949, a restabeleceu, com caráter obrigatório, para as ações de desquite litigioso e de alimentos.

4. No longo intervalo que vai entre os primórdios da República e o código unitário, não foi a conciliação, porém, de todo desconhecida do nosso direito.

Sobre permanecer, até certo ponto, incorporada nas possibilidades de qualquer ação patrimonial, através a aplicação da ação de “transação”, regulada pelo Código Civil (arts. 1.025 e seguintes) e pelo Código de Processo Civil (art. 206), a conciliação reingressou ao nosso direito positivo por via do Direito do Trabalho, com o Dec. n.º 21.396, de 12-5-1932, que instituiu as Comissões Mixtas de Conciliação, “para dirimir os dissídios entre empregados e empregadores” (art. 13). A cada uma dessas Comissões competia ouvir as partes e formular, ou as induzir a formular propostas de conciliação.

(12) “Consolidação”, comentário CIX.

Tal norma incorporou definitivamente à organização da Justiça do Trabalho, seja pela sua reprodução na instituição das Juntas de Conciliação e julgamento (Decreto n.º 22.132, de 25-11-1932), seja pela sua conservação na Consolidação das Leis do Trabalho (Dec. 5.452, de 1-5-1943, arts. 843 e seguintes e 860 e seguintes, seja pelo próprio texto constitucional de 1946, que a prevê, na justiça trabalhista, como obrigatória (art. 123).

5. Se assim existe, posto que parcialmente, no nosso direito positivo, a conciliação perdura, ainda que com certas modificações ou peculiaridades, nas demais nações civilizadas.

Assim, na Itália, bêrço indisputável do moderno processo civil, graças aos trabalhos de elaboração dos seus famosos processualistas, com MORTARA, CHIOVENDA e CARNELUTTI à frente, na Italia em que já existia, segundo MORTARA (12), no reino de Nápoles e onde fôra acolhida também por influência do Código francês, a conciliação foi regulada no Código de 1865 e em leis posteriores (13), e ainda hoje é admitida pelo Código de 1940 (art. 185), «quando a natureza do pleito o permita» (14).

Na França, tendo figurado no Código de 1806 (art. 80, alínea), foi suprimida e depois restaurada pela lei de 9 de Fevereiro de 1949, com o caráter de faculdade ao Juiz, em qualquer estado da causa e até à abertura dos debates ou ao Tribunal superior, a partir da abertura dos debates, sempre com fôrça executória.

Na Alemanha, a partir de 1924, segundo a informação do autorizado GOLDSCHMIDT (15), «à interposição da demanda deve preceder o procedimento consiliatório», «procedimento independente, destinado a conseguir um acôrdo amigável e que deverá se celebrar necessariamente antes do procedimento contencioso, perante o juiz de primeira instância». De tal procedimento, contudo, se excetuam, nos têrmos do § 495, a, da ordenação alemã os seguintes casos: 1.º. Se durante o último ano se tentou, sem efeito, um arranjo amistoso entre as partes? 2.º se anteriormente foi repeliada a mesma solicitação de conciliação, por ser duvidoso o direito; 3.º no procedimento documental e cambiário; 4.º para propor a reconvenção; 5.º quando a citação da parte contrária deva se fazer no estrangeiro ou públicamente; 6.º quando, ao arbítrio do tribunal, a apresentação imediata da demanda esteja justificada por motivos de importância, especialmente quando, pela nature-

(13) Vide, entre outros, legislação in CHIOVENDA, "Instituições", II, págs. 89 e segs.

(14) Entre outros, CARNELUTTI, "Sistema", I, n.º 53, pág. 201.

(15) "Derecho Procesal Civil", trad. PRIETO CASTRO, pág. 359.

za da ação, as circunstância dos interessados ou outras, não se vislumbra possibilidade de acôrdo (16).

Na Espanha, a conciliação está recomendada pelo art. 460 da «Ley de Enjuiciamiento Civil»: «Antes de promover un juicio declarativo, deberá intertar-se la conciliación ante el juez municipal competente», prescrevendo, outrossim, o texto as exceções à tal regra (17).

Na Argentina, não figura a conciliação como ato obrigatório, mas é permitido aos juizes intentar a conciliação das partes, em qualquer estado do feito (18).

No Uruguai, diversamente o projeto de Código de Processo elaborado em 1945 pelo insigne COUTURE prescreveu a conciliação obrigatória, que deve preceder em todo juízo civil, fiscal ou de contencioso administrativo (art.83), com a peculiaridade de descriminar até a tarefa do juiz no propor uma fórmula de conciliação:(19).

6. A razão ou o fundamento filosófico porque se adota a conciliação, geralmente apontado pelos doutores, está em que «a paz é um sentimento afetivo imanente à natureza humana» (20).

Isso mesmo assinala, no excelente estudo já referido, o prof. SEBASTIÃO DE SOUSA, por inclinação indesejável sempre atento às razões primeiras: «O fim do direito é a paz. O convívio social produz atritos que êle se propõe amortecer, com as normas previamente estabelecidas e impostas pela autoridade do Estado». «Conflitam-se interesses que o Estado, no exercício de sua função jurisdicional, assumiu o compromisso de compor, fazendo atuar o direito objetivo. Pelo exercício dessa sua função, o Estado substituiu a defesa privada, de que antes tinha de lançar mão o indivíduo, com grave dano para a ordem social e para a realização do direito».

(16) Além de GOLDSCHMIDT, veja-se, sobre as normas do procedimento e suas exceções, ADOLFO SHÖNKE, *Derecho Proc. Civil*, trad. da 5.ª ed. por PRIETO CASTRO, em 1950, § 83, págs. 295 e segs.

(17) ALCALA-ZAMORA CASTILLO, notas a *Goldschmidt*, op. cit. pág. 364. Para estudo do instituto, na Espanha e na Argentina, EMILIO A. AGRIELLO, *Rev. Derecho Processal*, Argentina, pág. 341 e segs. Veja-se ainda PRIETO CASTRO, com a norma e as exceções. *Derecho Procesal*, vol. II, § 482, pág. 249 e segs.

(18) HUGO ALSINA, *Tratado*, I, pág. 251.

(19) *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, arts. 83 e segs. Do art. 84: Esta propuesta (de conciliação) puede consistir: 1 — Em simplificar las cuestiones litigiosas. 2 — En rectificar erros materiales en que se hubiese incurrido. 3 — En la posibilidad de aumentar el número de hechos admitidos, reduciendo así la actividade probatória. 4 — En la limitación del número de peritos o testigos. 5 — En cualquiera otra solución parcial que facilite la más pronta solución del juicio.”

(20) FRAGA, op. cit., pág. 32.

«Acontece que a atuação do Estado, no exercício da função jurisdicional, exige um processo mais ou menos demorado e dispendioso». «O próprio Estado, interessado na preservação da ordem social, propõe-se tentar ainda uma reconciliação preliminar das partes em conflito, antes de por em prática o processo que conduz à decisão do conflito pela autoridade judiciária» (21).

A isso se poderá acrescentar uma razão de ordem prática, a mesma pela qual CALAMANDREI (22) justificava, após a primeira guerra mundial, a criação, na Itália de jurisdições especiais, isto é, a necessidade de vencer ou afastar as dificuldades do processo ordinário, complexo tardo e custoso.

Vê-se, assim, que o que dita a conciliação é um interesse do Estado e um interesse do indivíduo. Interesse acima de tudo, de *economia*. Economia de tempo, de despesas, de desgaste, já para a autoridade pública, já para o cidadão.

Outra razão que a justificará será esta de que, proposta a demanda, a *incerteza* sobre o seu resultado final atua decisivamente para que haja melhor compreensão e concessões que levem à sua composição final.

Por isso mesmo, diz, bem, entre nós, a sabedoria popular que «mais vale um mau acôrdo que uma boa demanda», refrão que ao que parece é universal, pois também circula na Itália, segundo o depoimento CALAMANDREI (23) e de CARNELUTTI: «meglio una magra tranzaione che una grassa sentenza» (24).

Domina, assim, o interesse comum de uma «justiça solícita», como se exprimia um dos maiores processualistas italianos da atualidade, SALVATORE SATTA: «l'interesse alla giustizia o meglio alla garanzia di giustizia cede il passo all'interesse alla giustizia sollecita; piu importa, in una parola, la pace che la dichiarazione del diritto» (25).

7. Se geralmente tem sido assim favoravelmente encarecida, não podemos perder de vista, para a nossa convicção e deliberação, que a conciliação também tem tido opositores.

A circunstância de figurar e desaparecer, intermitentemente, na legislação dos povos cultos, já revela que não há absoluta segurança nem completa uniformidade na sua aceitação.

MORTARA, que com MATTIROLO, no dizer de CARNELUTTI (26) foi um dos primeiros a buscar os princípios relativos às instituições

(21) Rev. cit.

(22) «El significado constitucional de las jurisdicciones de equidad», "in" *El Proceso Civil*, trad. SENETIS MELENDO, pág. 52 e segs.

(23) *Instituciones*, trad. SENTIS MELENDO, pág. 120, nota 1.

(24) *Sistema*, I, pág. 203.

(25) *Diritto Proc. Civile*, 2.^a ed. de 1950, pág. 279, n.º 79).

(26) *Sistema*, I, Intod, pág. 4.

processuais, informa o prof. SEBASTIÃO DE SOUZA (27) «não tinha simpatia alguma pelo instituto da conciliação».

8. Pode-se apontar como o primeiro argumento contrário à conciliação o mesmo que AFONSO FRAGA enumera, relativamente à transação, e do maior relêvo, porque relacionado com o aspecto ético: «Autores há que, admitindo como ótimas as leis, perfeitos os juízes, simples e expeditos os processos, consideram a transação como *ato imoral* e ofensivo à justiça. Uma vez que, dizem eles, a justiça não possa estar dos dois lados opostos, a transação dar-se-á entre o justo e o injusto, com ultraje evidente às regras da moral» (28).

Entretanto, o mesmo monografista respondeu à objeção, superiormente: «Tais sentimentos não procedem. Por melhores que sejam as leis, e amplas as seguranças da justiça, a dúvida em relação ao êxito da causa, operando como um pesadelo sobre o espírito dos contendores lhes tolhe o sossego indispensável às ocupações ordinárias da vida, e, assim, ela por si só justifica a transação, como meio de readquirirem a paz perdida. Também não é certo que a transação se dê entre o justo e o injusto, para daí se deduzir que a justiça ou o direito somente pode assistir a um dos contendores. O direito pode existir dos dois lados e frequentemente se vê, na vida prática, um dos pleiteantes triunfar somente em parte, o que quer dizer que em parte o direito se achava com o adversário; ponderando-se que a transação sempre se celebra quando o direito, por si mesmo extremamente difícil, permanece ainda em estado de dúvida, segue-se que, inovando a questão debatida numa relação jurídica certa, substituindo o estado de luta pelo de paz, o de dúvida pelo de certeza longe de constituir um ultraje à justiça, a transação conforma-se com os seus ditames, e, portanto, não pode deixar de ser considerada como um contrato eminentemente moral» (op. e loc. cit.).

De resto, nem nos parece razoável o argumento, porque êle confunde o «meio», que se discute, com o «fim», que ninguém põe em dúvida. O «meio» — conciliação — é *oferecido* às partes, pelo Estado, para alcançar um «fim» que todos convêm é moral e justo: a exata aplicação do Direito, a «justa composição da lide». Admitir que o «meio» é que, em si, é imoral ou amoral é, irrecusavelmente, confundir «método» com «resultado». Ora, nisso já nos ensinou há muito GEORGES RIPPERT, num livrinho admirável, que vem resistindo vantajosamente ao tempo e às críticas, precisamente sobre o

(27) Rev. cit.

(28) Op. cit., pág. 25.

sentido ético do Direito: «É preciso não confundir o método pelo resultado» (29).

Em outras palavras: com a possibilidade da conciliação, o Estado estabelece, no processo, um método para a solução do litígio. Procedimento, dentro no processo. Se é certo que tal procedimento poderá conduzir à injustiça, não menos certo que também o processo inteiro pode levar, e inúmeras vezes tem levado, à mais gritante injustiça. E ninguém condena o processo como imoral!...

9. Alega-se ainda contra a conciliação o inconveniente de que «o julgador, que tinha de ser o juiz do feito certamente não era o mais próprio para essa tentativa, pois que pudera indispor-se em relação à parte recalcitrante e tornar-se suspeito» (30).

Aí, contudo, o inconveniente seria removível, facilmente, desde que se atribuísse a conciliação a outro julgador, separando-se a função conciliadora da função propriamente judicial, tal como adotaram os países que instituíram os «juizes de paz» e figura na lei espanhola, com louvores de PRIETO CASTRO (op. loc. cit.).

Não nos parece, porém que deva ser assim. Diversamente, estamos em que, na lição de SETTA (31) e REDENTI (32), a presença do juiz é um elemento favorável à conclusão da conciliação e até mesmo que «non é forse esagerato dire che la capacità di conciliare le parti dà la misura del valore del giudice non meno della sua capacità di fare buone sentenze».

Certo que o juiz, tendo visto recusada a proposta de conciliação, ao seu ver razoável ou mesmo por êle sugerida, corre o risco de se indispor com a parte e firmar, aí, um ponto de vista sobre a demanda, a conspirar subjetivamente contra a sua imparcialidade.

Nem por isso, contudo, ao nosso ver, a sua presença deveria ser banida da conciliação, em que é útil, e nem por isso a oportunidade desta deverá ser recusada. É que, contrapondo-se a tal inconveniente, a formação moral do magistrado há-de se supor sempre superior a essa fraqueza humana. É o caso, para comparação, dos embargos à sentença, tradicionalmente opostos perante o mesmo juiz da causa, e dos agravos, em que o juiz tem oportunidade para reformar a decisão-recorrida. Nuns e noutros, já firmou o magistrado o seu ponto de vista, e, não obstante, vezes sem conta se tem visto o juiz reformar a própria sentença. E é precisamente aí que se afirmam os autênticos e bons juizes.

(29) *A Regra Moral nas Obrigações Cíveis*, trad. OSÓRIO DE OLIVEIRA, pág. 406.

(30) PIMENTA BUENO, *Formalidades do Proc. Cív.*, n.º 109, pág. 120. No mesmo sentido, PRIETO CASTRO, *D.R. Proc.*, vol. II, pág. 250).

(31) *Diritto Proc. Cív.*, 2.ª ed., 1950, pág. 209.

(32) *Profili*, pág. 182. O mesmo sentido, SEBASTIÃO DE SOUSA, *Rev. For.*, cit., pág. 599.

10. Também cabe ponderar se a instituição da conciliação, obrigando a um termo processual a mais, não virá contribuir para retardar o processo.

Se se adotar o procedimento constante da sugestão referida no princípio dêste — designação de uma audiência especial para a conciliação, — ou se se retornar ao precário sistema de um juizado especial para a conciliação —, parece fora de dúvida que se estará criando mais um fator para a demora judiciária, o que basta para fastar a idéia que a isso conduza. É fator dos mais nefastos, de vez que a exigência de uma audiência especial esbarrará na impossibilidade de se encontrar o juiz à disposição das partes, para a conciliação, tal seja o acúmulo do serviço, que via de regra, é a constante em todo o fôro brasileiro, senão em qualquer nação.

Na verdade, o aparelhamento judiciário não acompanha mesmo o progresso das populações, nem o crescimento das demandas, nem as modernas formas de organização da administração pública, resultante daí — salvo raras exceções —, que as audiências sòmente são designadas, devido à falta de juizes ou de serventuários, com dias e dias de antecedência, que, em certos juizes, e em certas épocas, atingem meses...

Essa realidade, porém, não trabalha contra o estabelecimento da conciliação, visto como, ao nosso ver, não será necessário, nem conveniente, a designação de uma audiência especial com tal objetivo, perfeitamente possível na própria primeira audiência designada para instrução do feito.

11. Finalmente, também se poderá alinhar contra o instituto a sua falta de aplicação, nos períodos e nos regimes que o admitiram.

MORTARA, ao propósito da lei italiana que o admitiu, combatendo o otimismo dos que o preconizaram, analisou as estatísticas da época, para concluir que era relativamente mínima a porcentagem da sua aplicação ou da sua eficiência (op. e loc. cit.). E, entre nós, mesmo sem contarmos com a estatística judiciária, que praticamente não existe ao alcance dos estudiosos, não se pode deixar de reconhecer que, no Império foi efetivamente mínima a sua aplicabilidade («consideranda» do decreto 359, de 1890) e que, nas causas em que atualmente é admitida — desquites e alimentos —, não tem alcançado também êxito considerável.

Contudo, não nos parece que a falta de aplicação ou de êxito possa ser carregada como argumento contrário à instituição.

Ao revés, para o insucesso terá contribuído, em maior escala, a qualidade dos aplicadores da lei — juizes e advogados —, não convencidos ou não habilitados, de forma a poderem se utilizar do instrumento processual em tôda a sua plenitude.

Por outro lado, no que diz respeito à conciliação nos desquites, nem pode ser razoavelmente utilizada como elemento de cálculo de probabilidade, porque aí funciona numa controvérsia em que entram em linha de conta os maiores fomentadores de pontos de vista inconciliáveis, a saber a vaidade e o amor, o sentimento de honra e o sentimento de amizade, com tôda a coorte de causas e concausas, próximas e remotas, a tornarem periclitante ou impossível a vida conjugal, e cuja remoção eficiente muitas vêzes sòmente será possível com o auxílio da medicina. É, assim, um campo ingrato, o mais ingrato êsse que foi reservado, no nosso direito positivo, à conciliação, não se devendo, por isso mesmo, estranhar que aí não tenha medrado fàcilmente.

Já no Direito Trabalhista —, que, por sua própria índole é exatamente aquêle em que melhor pode atuar a conciliação —, resultados alentadores são de todos conhecidos, pois, diàriamente, em todo o país, em dezenas de dissídios individuais e coletivos, vão os juizes do trabalho alcançando a justa composição dos litígios.

Assinalando o fato dos nossos dias, que existe, UGO ROCCO (34) entende mesmo que a razão de se reintroduzir a conciliação no processo civil italiano deve-se procurá-la no bom êxito que deu a tentativa conciliatória nas controvérsias individuais do trabalho.

Não quer isso significar que os juizes do trabalho tenham melhores qualidades do que os da justiça comum, mesmo porque essas atribuições estão deferidas, em todo o interior do país, exceptuadas as capitais e as cidades maiores, também à justiça ordinária.

Diversamente, a razão da diferença inegável, resultante de tal confronto, estará em que o juiz trabalhista, tanto quanto o advogado trabalhista, pela prática, se apercebeu melhor da necessidade da conciliação e com o tempo formou a própria personalidade neste sentido, fazendo-a atuar com mais eficiência, para que se alcance, através a conciliação, a pronta solução do litígio.

É êste um ponto dos maiores na conciliação: estarem juiz e advogados imbuídos da idéia superior de que a demanda é um mal, a que cumpre por têrmo. São êles os que melhor podem atuar sôbre o espirito das partes diretamente interessados, fazendo ver a estas as possibilidades de vitória ou de derrota, tornando compreensíveis os têrmos de fato e de direito da controvérsia, abrاندando exigências e intolerâncias, que sòmente servem para ator-

(34) "Corso di Teoria e Pratica", 1951, pág. 433. Na comparação do processo civil comum e do processo trabalhista já CARNELUTTI, "Estudos", vol. I, pág. 203 e segs., "Funcion del Proceso del Trabajo", estudo publicado também na "Rivista di Diritto Processuale Civile", 1930, I, págs. 109 e segs.), assinalou, com razão, que, "sob êste aspecto — auto-composição da lide — o processo do trabalho apresenta um progresso sensível sôbre o direito processual comum" (pág. 207).

mentar a vida própria e a alheia, sem resultado prático considerável.

Tal atitude, é força convir que não é freqüente no processo cível ordinário, ao passo que é constante no pretório trabalhista.

É preciso ter assistido e vivido a vida dêste último para testemunhar, como aqui podemos, as inúmeras conciliações alcançadas, com justeza e eqüidade, em dissídios à primeira vista complexos e que ameaçavam se eternizar. O conselho, a persuassão, e até mesmo antecipado o esclarecimento, leal e espontâneo, das dificuldades a vencer e dos riscos a enfrentar, senão, até da exata inteligência dos fatos e das normas jurídicas (35) exigem qualidades pessoais, nos juizes e advogados, entre as quais a paciência e o vigor da personalidade, o descortínio e a honesta convicção da precariedade dos conhecimentos ou da suposta cultura, o verdadeiro anseio de fazer ou contribuir para que se faça a vera justiça, de que inúmeros magistrados e causídicos do fôro trabalhista brasileiro têm dado demonstrações notáveis.

Isso mostra, já que é o mesmo o elemento humano, que isso mesmo também será possível na justiça comum, na qual, portanto, a falta de aplicação ou do sucesso não deve servir de argumento plausível contra a conciliação.

12. De resto, ainda que a conciliação não tenha tido aplicação constante, nem tenha logrado êxito fácil nem por isso, ao nosso ver, deveria ser omitida, no processo civil.

É que, de qualquer modo, irrecusavelmente, será sempre um meio de composição da lide, objeto precípua do processo.

Se não tem tido aplicação aqui ou acolá, nesta ou naquela época, nem assim perdeu a sua excelência, como ideal jurídico.

Ocorre com ela, o mesmo que se verifica com todos institutos de conciliação e pacificação entre as nações: falharam sempre, foram inúmeras vezes inúteis, violaram-se seguidamente os tratados, os arbitramentos, as côrtes internacionais de justiça, as organizações de nações, que nem por isso foram abandonados pelas maiores inteligências e pelos melhores estadistas de tôdas as épocas, porque tal como a conciliação dignos de esforços para se alcançar a "paz na terra entre os homens de boa-vontade".

(35) Contra qualquer sugestão ou invocação, partida do juiz, ALSINA, *Tratado*, vol. II, pág. 452.