

Conciliação em juízo: questionamentos relevantes.

Fernanda Tartuce*

1. Ambigüidades e questionamentos. 2. Cultura de paz e ensino. 3. Conciliação no Poder Judiciário: conciliar é legal? 4. “Pseudo-autocomposição”: meio aparente de livrar-se do litígio. 5. Conclusões. Referências bibliográficas.

1. Ambigüidades e questionamentos

Embora seja muito festejada a promoção da conciliação, é preciso atentar em que, precisamente, consiste a prática conciliatória e aferir em que medida pode atender aos desígnios de uma prestação jurisdicional de qualidade.

Os meios “alternativos” de composição de conflitos, aliás, costumam ensejar confusões conceituais. Muitas vezes ouve-se falar em mediação e logo vem à mente a arbitragem, assim como alguns não divisam diferenças entre conciliação e mediação.

Em inglês, a sigla *ADR* (*alternative dispute resolution*) vem sendo repensada para que a letra *A* passe a representar *appropriate*: mais do que meramente alternativos, os mecanismos devem ser adequados¹ para o enfrentamento da controvérsia a partir da consideração de fatores como o tipo de litígio e as condições das partes, dentre outros².

A associação entre mediação e arbitragem ocorre por se tratar de métodos eminentemente privados³ de composição de conflitos, sendo conduzidos por terceiros nomeados pelos litigantes para a gestão do impasse. As diferenças entre as técnicas são significativas: enquanto o mediador colabora para o resgate da comunicação viabilizando que as próprias partes identifiquem uma solução conveniente, o árbitro

* Mestre e Doutora em Direito Processual pela USP. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito - FADISP. Professora e coordenadora em cursos de especialização em Direito Processual Civil na Escola Paulista de Direito. Advogada orientadora do Departamento Jurídico XI de Agosto. Membro do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual) e do IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo). Presidente do Conselho do CEAPRO (Centro Avançado de Pesquisa e Estudos Processuais). Mediadora e autora de publicações jurídicas.

¹ A adequação dos mecanismos de composição de conflitos (e não sua contribuição para buscar “desafogar o Poder Judiciário”) é a grande razão para sua adoção; o tema foi abordado pela autora em seu mestrado na USP, tendo sido a dissertação ampliada e adaptada na obra “Mediação nos conflitos civis” (SP: Método, 2008).

² Ao ponto, vale a pena destacar a existência do “*Design de Sistemas de Disputas*” (DSD). Em artigo referencial sobre o tema, aborda Diego Faleck que “tal investigação visa à construção de sistemas de resolução de disputas, que envolvem um conjunto de procedimentos criados sob medida para lidar com um conflito determinado, ou uma série destes. A customização do sistema permite que as necessidades únicas de cada caso concreto sejam atendidas com eficiência e evita gastos de recursos, tempo, energia emocional e perda de oportunidade. Ao mesmo tempo, permite a maior participação das partes interessadas e afetadas para o alcance de seus objetivos, o que gera satisfação com os resultados” (Introdução ao *Design de Sistemas de Disputas*: Câmara de Indenização. Revista Brasileira de Arbitragem v.5, n.23, jul./ago. 2009, p. 7).

³ Nada impede, porém, a realização de mediação no âmbito judicial; em alguns países (como Argentina, Canadá e Estados Unidos) há lei prevendo tal ocorrência. No Brasil a experiência ocorre em setores experimentais ligados a Tribunais de Justiça.

exerce a função de julgador e decide de forma imperativa. Assim, a mediação se aproxima da conciliação (em que o terceiro facilitador não tem poder decisório), enquanto a arbitragem se afina com a solução jurisdicional (ambos são mecanismos de heterocomposição em que terceiros resolvem o conflito, sendo suas decisões reconhecidas como títulos executivos judiciais).

Assim, tanto na mediação como na conciliação o terceiro imparcial irá colaborar para que as partes possam identificar os interesses envolvidos na avença. Considere um conflito sobre o valor do aluguel: o locador exige reajuste segundo o índice contratual e o locatário afirma não ter como arcar com o aumento. Apesar de as posições de ambos revelarem preocupações puramente econômicas, outros interesses estão envolvidos na negociação (como a manutenção do contrato, as boas condições do imóvel...). Tanto o mediador quanto o conciliador podem colaborar para que os indivíduos identifiquem a importância dos interesses e cogitem sobre alternativas para o impasse. No que tange a propostas é que sua atuação difere: enquanto o conciliador pode propor saídas, o mediador deve colaborar para que as próprias partes formulem alternativas de forma a preservar sua autoria na construção da resposta⁴.

Nosso foco no momento é a conciliação judicial, instituto sobre o qual algumas frases prodigalizadas merecem reflexão; para tanto, nada melhor do que o formato interrogativo, técnica útil para fomentar idéias e viabilizar uma legítima autocomposição.

Prevalece (ou deve prevalecer) a máxima “antes um mau acordo do que uma boa demanda”? “Conciliar é legal”? O que é exatamente conciliar: perguntar se há acordo? Conciliar é expor as desvantagens de estar em juízo? Ou colaborar para a conscientização dos interesses relevantes? Como promover o diálogo? O que realmente pacifica os contendores? Saídas criativas podem representar uma composição mais apropriada do que o julgamento segundo a legalidade estrita? As perguntas são várias... Quem sabe a partir de certos pontos de análise podemos chegar a algumas conclusões?

2. Cultura de paz e ensino.

Para encaminhar a reflexão, é importante abordar alguns aspectos sociológicos do contexto brasileiro de enfrentamento de controvérsias, merecendo destaque a informação de que atualmente mais de 80 milhões de processos tramitam na Justiça Brasileira⁵.

Nos primeiros conflitos entre pessoas de tenra idade, mecanismos consensuais costumam ser cogitados ou explicados para o enfrentamento dos impasses? No início da vida escolar, quando conflitos

⁴ Há quem defenda inexistir diferença entre mediação e conciliação, propugnando que o mediador também pode intervir ao ponto de formular propostas. Não é esta a posição adotada: é essencial diferenciar os mecanismos para que seja preservada ao máximo a posição protagonista dos contendores; a conciliação, especialmente da forma como acaba sendo praticada em algumas instancias, acaba centrando o poder decisório no terceiro e não nas partes.

⁵ Diversos fatores podem ser identificados para explicar a explosão da litigiosidade no país, destacando-se o avanço na tecnologia da informação (com o maior conhecimento sobre posições jurídicas de vantagens), a ampliação do acesso a Justiça pelo Constituinte de 88 e pelo legislador infraconstitucional (por mecanismos como Juizados Especiais e Código de Defesa do Consumidor) e o descumprimento, pelo Estado brasileiro, das prestações primárias necessárias para efetivar os direitos garantidos na Constituição Federal. Sobre o tema, merece leitura o artigo “Morosidade do Poder Judiciário: prioridades para a reforma”, de Vera Lúcia Feil Ponciano. Disponível <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4118>. Acesso 04 ago. 2016.

surgem e são relatados pelos filhos, que reações esboçam os pais? “Se apanhar, bata também”, muitos afirmam. Haveria, ao revés, outra forma de reagir, alguma instância consensual a ser mobilizada? A resposta costuma ser não⁶. Mas tende a mudar.

Associada a entidades sociais, a UNESCO vem fomentando intensamente a cultura de paz, “conjunto de valores, atitudes, tradições, modos de comportamento e estilos de vida” sob os marcos dos direitos humanos, da educação e da transdisciplinaridade⁷. Por tal visão, busca-se abordar as controvérsias pelo diálogo, pela negociação e pela mediação para inviabilizar a violência e a guerra. A cultura de paz deve ser compreendida “como um processo, uma prática cotidiana que exige o envolvimento de todos: cidadãos, famílias, comunidades, sociedades e países⁸”.

Nesse diapasão, a interessantíssima concretização de projetos de mediação escolar contribui para, desde os primórdios do ensino, propiciar espaços de construção de respostas conjuntas pelos envolvidos em controvérsias⁹.

Se no início dos estudos faltam informações, na vida universitária são devidamente abordados meios consensuais como negociação, mediação e conciliação? Na maior parte dos cursos brasileiros não. E em Direito? A resposta deveria ser diferente... mas não é. Embora em número crescente, ainda compõem minoria os cursos que oferecem na grade curricular tais temas¹⁰; entre os que o fazem, alguns os apresentam em disciplina optativa e, mesmo naqueles em que a matéria é obrigatória, o tempo para desenvolver o assunto costuma ser exíguo (geralmente um semestre) em contraposição aos quatro anos (ou mais!) em que o aluno estuda o sistema contencioso. Vale ainda apontar o momento de estudo: em algumas instituições, a disciplina sobre os meios diferenciados é ministrada no último ano, após muito tempo de abordagem de técnicas antagonistas¹¹.

Apesar de tal realidade, os contendores devem estar preparados para perquirir: quando uma controvérsia interpessoal se verifica, o caminho natural é buscar o Poder Judiciário? É esta a trilha apropriada em todo e qualquer caso?

⁶ Suspeito que, ainda que disponível uma instância apaziguadora, haveria recusa de alguns a utilizá-la acreditando no antigo “olho por olho...”. Aqui é impossível não lembrar a frase de Gandhi, para quem se atuarmos segundo a lógica do olho por olho, o mundo acabará cego...

⁷ Cultura de paz. Disponível em <http://www.brasilia.unesco.org> Acesso 06 set. 2016.

⁸ “A Cultura de Paz está intrinsecamente relacionada à prevenção e à resolução não violenta dos conflitos; é uma cultura baseada num conjunto de valores e compromissos com: o respeito a todos os direitos individuais e humanos; a promoção e vivência do respeito à vida e à dignidade de cada pessoa sem discriminação ou preconceito; a rejeição a qualquer forma de violência; o respeito à liberdade de expressão e à diversidade cultural por meio do diálogo e da compreensão e do exercício do pluralismo; a prática do consumo responsável respeitando-se todas as formas de vida do planeta; a tolerância e a solidariedade; e o empenho na prevenção de conflitos resolvendo-os em suas fontes (que englobam novas ameaças não-militares para a paz e para a segurança como exclusão, pobreza extrema e degradação ambiental)”. Disponível em <http://www.brasilia.unesco.org>>. Acesso 06 set. 2016.

⁹ Sobre o tema, merece leitura o artigo “Mediação de conflitos escolares – uma proposta para a construção de uma nova mentalidade nas escolas”, de Lília Maia de Moraes Salles e Emanuela Cardoso Onofre de Alencar. Disponível em www.unifor.br. Acesso 29 jun. 2016.

¹⁰ O tema foi abordado com mais detalhamento pela autora no livro *Mediação nos Conflitos Cíveis* (3ª ed. SP: Método, 2016).

¹¹ Como bem aduz Aguida Arruda Barbosa, “trata-se de aluno destinatário já com sólida formação processual, com prontidão para o largo uso de mecanismos jurídicos procedimentais para a obtenção de prestação jurisdicional. Não conhecem outra forma jurídica de assegurar o acesso a justiça” (*A implantação do instituto da mediação familiar no Brasil*. In *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. Coordenadores: Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro. Porto Alegre: Magister, 2008, p. 388)

Difícilmente a resposta é positiva em todas as hipóteses. A despeito de tal constatação, a deficiência de informações compromete a escolha consciente sobre as opções de enfrentamento de conflitos. Quando em crise, ao consultar um advogado sobre suas alternativas de reação, o indivíduo muitas vezes ouve dados sobre a Justiça competente e a demanda cabível, sendo conduzido (natural e inexoravelmente) à via litigiosa.

Como bem expôs Kazuo Watanabe, a *cultura da sentença* instalou-se assustadoramente entre nós prodigalizando o manejo da solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses; não obstante tal realidade, fomenta-se a substituição paulatina da *cultura da sentença* pela *cultura da pacificação*¹².

Para mudar o padrão de comportamento, porém, deverá ser envidado grande esforço coletivo. Não basta mobilizar apenas um dos elos; a adoção de técnicas diferenciadas exige significativa mudança de postura de todos os integrantes da cadeia do conflito, envolvendo o operador do direito, o jurisdicionado e o administrador da justiça¹³.

O caminho a ser trilhado, portanto, revela-se longo e cheio de obstáculos. No aspecto educacional, apresentar ao aluno a mediação como outra forma de acesso a justiça é um desafio a ser desbravado pelo professor, que precisa se empenhar para demonstrar “que a justiça pode ser acessada por meio de outra linguagem, advinda do próprio conhecimento jurídico¹⁴”.

Como a situação ainda não se encontra consolidada no ensino, há um natural reflexo na postura dos profissionais do direito, sendo facilmente constatável que a cultura da conciliação ainda não se instalou em definitivo nos seios da advocacia e da magistratura¹⁵.

Mas há esperança. As novas gerações de estudantes de direito revelam uma disposição muito forte para focar possibilidades mais amplas e eficientes de enfrentamento dos litígios. Muitos jovens estudantes de Direito têm demonstrado grande interesse em saber melhor sobre técnicas diferenciadas que respondam de forma mais coerente os questionamentos sobre as necessárias celeridade e eficiência na condução dos impasses verificados no tecido social. É preciso cuidado, porém, para que a dura prática que irão encontrar nas Côrtes de Justiça não os desanime em sua busca.

Também os gestores do sistema judiciário têm percebido as grandes vantagens da autocomposição em relação à decisão imperativa sobre o mérito: afinal, “devolver” o conflito às partes

¹² WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação, In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.p. 687.

¹³ O assunto foi abordado mais profundamente pela autora na obra *Mediação nos Conflitos Cíveis*.

¹⁴ BARBOSA, Aguida Arruda. A implantação do instituto da mediação familiar no Brasil. In *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*, p. 379.

¹⁵ Nas palavras da autora, “temos um trabalho de catequese para fazer. O ensino da ciência do direito é pautado pelo incentivo à beligerância, isto é, o fim precípua das aulas nas faculdades de direito é doutrinar os alunos no sentido de, ao se depararem com qualquer ofensa ao direito subjetivo, seja grande ou pequena, o único caminho a ser trilhado será o ajuizamento de ações, e ganhará fama o advogado que manejar o maior número possível de pedidos de liminares. A imagem passada aos alunos é a do juiz entrincheirado na mesa de trabalho, sempre em postura de defesa, e o advogado sempre na posição de ataque, ou vice-versa, dependendo da profissão do professor. Urge que esse modelo de ensinamento seja adaptado a realidade do século XXI, e é nas faculdades de direito que encontramos a sede mais fecunda para plantarmos a cultura de que o Poder Judiciário só deverá ser acionado quando tiverem fracassado todas as tentativas extrajudiciais de solução do litígio (Andrighi, Fátima Nancy. *Conciliação Judicial*. Palestra Proferida na IV Jornada Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/605>. Acesso 03 mai. 2017).

libera o juiz de aprofundar sua análise sobre o objeto da demanda, finalizando de forma mais rápida e fácil o processo.

3. Conciliação no Poder Judiciário: conciliar é legal?

A despeito da falta de informações e aprendizado sobre as técnicas consensuais, ao atuar em juízo os jurisdicionados e seus representantes são instados a cogitar sobre a autocomposição. Como é dever do juiz, a qualquer tempo, tentar conciliar as partes, audiências são designadas para a promoção de acordos.

Assim, é de todo recomendável que, antes do ato processual, as partes e seus advogados cogitem sobre a possibilidade de transação. Caso não o façam, em audiência poderão ser veementemente instados pelo juiz a acreditar que conciliar é a melhor opção¹⁶ e acordos poderão ser celebrados sem a devida reflexão, olvidando aspectos importantes para a sua concretização com eficiência.

O bom profissional, portanto, deve informar ao cliente a finalidade da audiência, abordar as possibilidades de autocomposição e compreender com maior profundidade as resistências, elaborando-as. O fomento ao consenso, aliás, está presente no Código de Ética como dever, cabendo ao advogado estimular a autocomposição entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios e aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial.

Segundo Nancy Andrighi, é importante ainda cotejar outros elementos para reverter o habitual desinteresse dos advogados pela conciliação: além de esta ser conveniente ante a sobrecarga de atividades do magistrado que conduz o processo, ela traz notas de celeridade e segurança porque “a homologação do acordo e a extinção do processo permitem o recebimento mais rápido dos honorários, sem as surpresas inerentes a um julgamento¹⁷”.

Embora assim possa ser, não raras vezes o cliente desconfia do advogado que propõe uma solução consensual, supondo possa estar ele aliado à parte contrária. A situação, portanto, pode se revelar delicada para o profissional. Este, contudo, com clareza e serenidade, deve mostrar ao jurisdicionado que seu dever como técnico é colaborar para a visão mais ampla e eficiente possível dos meios de enfrentamento de controvérsias¹⁸. Tal assessoramento, aliás, deve ser valorizado, já que o advogado, valendo-se de técnicas diferenciadas, mostra-se apto a colaborar para o fim almejado pelo cliente, a pacificação com justiça; assim,

¹⁶ Por tal razão, adverte Carlos Alberto Carmona que o advogado deve estar preparado para participar de uma audiência, sob pena de atrapalhar um acordo que seria aceito pelo seu cliente (SALVAÇÃO DO JUDICIÁRIO - *Juíza pressionada advogados para aceitarem conciliação*. Revista Consultor Jurídico, 1 de junho de 2007. Disponível na internet: http://www.conjur.com.br/2007-jun-01/juiza_pressiona_advogados_aceitarem_conciliacao. Acesso 03 out. 2016). No mesmo sentido se manifesta Juliana Demarchi, para quem cabe aos advogados a elaboração de uma “verdadeira preparação para a negociação de um acordo” (Técnicas de conciliação e mediação. In *Mediação e gerenciamento do processo*. SP: Atlas, 2007, p. 56).

¹⁷ Conciliação Judicial, cit.

¹⁸ Como já abordado em outra oportunidade, “o advogado, quando procurado desde o início da controvérsia por uma ou por ambas as partes, figura como o primeiro apreciador técnico do conflito, sendo essencial sua conduta na orientação e no encaminhamento dos interessados. As rápidas mudanças da sociedade moderna, o dinamismo do desenvolvimento tecnológico e a evolução permanente dos meios de comunicação, dentre outros fatores, exigem do advogado uma conduta dinâmica e eficiente para melhor satisfazer aos interesses de seus clientes” (Mediação nos conflitos civis, item 2.5).

é essencial pensar em mecanismos apropriados à sua remuneração não só em juízo, mas também em contextos diversos de composição de controvérsias.

A conciliação pode ser realizada antes da instauração do processo ou pode se verificar incidentalmente neste. Vem sendo estimulada a conciliação prévia dos conflitos para evitar o crescimento no número de demandas e finalizar ações sem a necessária participação estatal; para tanto, há setores de conciliação em tribunais de justiça e câmaras extrajudiciais de autocomposição¹⁹.

Retomando os questionamentos, é relevante contextualizar e esclarecer: conciliar é bom e legal? Em caso positivo, para quem: para o Poder Judiciário ou para os litigantes?

Para o Poder Judiciário a resposta, obviamente, é positiva: promover os meios consensuais é uma forma menos custosa e mais célere de gerir o conflito do que investir no complexo aparato necessário à abordagem contenciosa do mérito das demandas.²⁰

Como bem aduz João Baptista de Mello e Souza Neto, a celebração de acordos enseja ganhos secundários para a administração da Justiça ao promover o encerramento de processos, a diminuição dos feitos (com o “desafogamento” dos Tribunais) e evitar “a quase sempre dificultosa fase de execução da sentença”. Contudo, como bem adverte o autor, não obstante tais fatores, “é preciso ter em mente que a vantagem primária e inspiração primeira da solução negociada é o atendimento à reivindicação justa do litigante. Assim, a transação deve, fundamentalmente, atender aos interesses dos litigantes, não dos advogados ou dos juízes²¹”.

Assim, é importante questionar: para os jurisdicionados, a conciliação é a melhor saída? Sempre?

Afirmamos, em outra oportunidade, que “não há como responder genericamente, *a priori*, sem conhecer a história dos indivíduos, os meandros do conflito e os interesses envolvidos na disputa. Pode ser que sim: se bem conduzida, a conciliação os auxiliará a identificar e atender seus interesses, resgatando a responsabilidade de quem deve cumprir as normas e colaborando para a construção de uma saída conjunta para a pendência.”²²

¹⁹ Como exemplo o Tribunal de Justiça de São Paulo disponibiliza o Posto Avançado de Conciliação Extraprocessual (PACE), localizado no bairro da Liberdade na Capital do Estado, com competência para realizar sessões de conciliação em questões cíveis em geral. Outro bom exemplo é o premiado Posto Avançado de Conciliação Extraprocessual do Trabalhador (PACET), localizado na região da Luz da Capital e especializado, sobretudo, em conciliações entre trabalhadores endividados e seus credores. Na mesma linha, a Fundação Procon dispõe de um programa de mediações coletivas entre todos os credores e um devedor classificado como “superendividado”. Na área empresarial, a maior referência é a Câmara de Mediação e Conciliação da FIESP. Ao longo do país, despontam várias iniciativas, como a levada a cabo pelo TJSC e a Câmara de Dirigentes lojistas em Blumenau-SC, onde foi instalado o Posto de Atendimento e Conciliação Extrajudicial para causas cíveis em geral, e em Vitória-ES, onde foi Instalada a Câmara de Mediação e Arbitragem do Espírito Santo visando atender as microempresas. Finalmente, merecem destaque as iniciativas de autoridades públicas (Ministério da Justiça, Ministério Público, Defensoria Pública e Procon) de organizar e gerenciar câmaras extrajudiciais de indenização mantidas pelas empresas envolvidas em acidentes de consumo para facilitar a comunicação entre estas e os familiares de passageiros vitimados pelo desastres aéreos ocorridos em 2007 – TAM e 2009 – Air France – e agilizar o recebimento das reparações pecuniárias devidas.

²⁰ TARTUCE, Fernanda. Conciliação e Poder Judiciário, p. 1. Disponível em: <www.fernandartartuce.com.br> Acesso em 20 de janeiro de 2012.

²¹ Mediação em juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo. São Paulo: Atlas, 2000, p. 67.

²² TARTUCE, Fernanda. Conciliação e Poder Judiciário, p. 1. Disponível em: <www.fernandartartuce.com.br> Acesso em 20 de janeiro de 2012.

Talvez não: se uma das partes atuou reiteradamente de má fé e já violou acordos anteriores, pode ser essencial uma decisão impositiva da autoridade estatal (inclusive com cominação de multa para o caso de descumprimento).

De qualquer maneira, a conciliação é benéfica por seu aspecto de inclusão social e de fomento à cultura de paz. Deve, contudo, ser bem utilizada para que não se transforme em uma manobra protelatória de quem não tem razão e quer atrasar o processo.

É importante atentar, portanto, à vulnerabilidade de certos litigantes. O jurisdicionado “mais fraco, que não consegue suportar o tempo natural do processo, precisará acordar para receber qualquer valor (ainda que ínfimo). O que ocorre então com a máxima segunda a qual o processo deve dar ao litigante tudo e exatamente aquilo a que faz jus receber, segundo o ordenamento? Esta diretriz é perversamente esvaziada: a autocomposição acaba sendo usada com má fé, seja para pagar menos do que deveria, seja para ganhar tempo”.²³

Nesse sentido, procede a observação de Botelho de Mesquita, para quem a certeza da demora dos processos, aliada à forte insistência dos auxiliares da justiça e do juiz para a celebração de acordos, conjugada à dúvida se o magistrado decidirá segundo a lei (e não conforme a ideologia que prefere) pode gerar um grave problema: o “poderoso estímulo ao descumprimento das obrigações e, portanto, à criação de litígios onde, não fora isso, maiores seriam as probabilidades de adesão espontânea ao império da lei²⁴”.

Assim, defendemos mais uma vez que “a todos estes fatores devem estar atentos os administradores e protagonistas dos meios de gestão de conflitos, sob pena de, contraditoriamente, estimularem a ida dos inadimplentes ao Poder Judiciário para se beneficiarem do fato de que suas agruras estimulam qualquer acordo” e comprometerem, significativamente, a almejada realização da justiça.²⁵

Percebe-se, assim, que a situação deve ser tratada com equilíbrio: nem o Judiciário deve permitir ser usado para postergar o cumprimento de obrigações, nem o jurisdicionado que tem direito deve dele abrir mão em prol de celeridade e do suposto alívio do sistema jurisdicional pela finalização rápida dos processos.

4. O que é conciliar?

Embora a resposta possa parecer óbvia, conciliar transcende a idéia de simplesmente obter um acordo entre as partes. No dicionário, o verbo conciliar tem como significados “conseguir acordo entre (pessoas) ou entrar em acordo com (outrem); “congrajar(-se)”, “pôr ou ficar em paz; tranquilizar(-se)”, “fazer ou dizer (algo) com intenção de conciliar, de acalmar os ânimos”; “fazer aliança; juntar(-se), reunir(-

²³ TARTUCE, Fernanda. Conciliação e Poder Judiciário, p. 1-2. Disponível em: < www.fernandartartuce.com.br > Acesso em 20 de janeiro de 2012.

²⁴ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame. In: MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2005, v. I, p. 296.

²⁵ TARTUCE, Fernanda. Conciliação e Poder Judiciário, p. 1. Disponível em: < www.fernandartartuce.com.br > Acesso em 20 de janeiro de 2012.

se), aliar(-se)”; “harmonizar ou harmonizarem-se (coisas contrárias, contraditórias, incompatíveis ou que assim o pareçam)”; “fazer ir [algo] (para alguém); granjear, atrair, conquistar”²⁶.

Como se percebe, há vários verbos trazidos na forma reflexiva sinalizando que o sujeito pratica e sofre a ação simultaneamente, o que indica que a conciliação exige uma participação ativa dos indivíduos nela envolvidos.²⁷

Vale então refletir: haverá verdadeira conciliação se o magistrado exagerar no esforço para que as partes se componham e estas, pressionadas, aceitem o pacto proposto em audiência sem real adesão ao seu teor? Intranquias, atemorizadas pela autoridade do juiz, mantendo internamente a postura acirrada, sem qualquer harmonia nem aliança... há como acreditar que a autocomposição será genuína e alcançará os fins para os quais foi cogitada?²⁸

A resposta dificilmente será positiva: “como a autêntica conquista do consenso é complexa, a atividade conciliatória exigirá uma série de elaboradas condutas por parte do terceiro imparcial que se propuser a promovê-la”.²⁹

Verificando-se de forma adequada, a conciliação alcançará a finalidade de pacificar com justiça; caso contrário, transações ilegítimas ensejarão mais conflitos entre os contendores e gerarão outras lides. Por tal razão, é essencial que o conciliador atue com esmero em sua importante função, promovendo reflexões significativas e produtivas.

Como já defendido outrora, “conciliar implica em participar ativamente da comunicação (aproximando os indivíduos), colaborar para a identificação dos interesses, ajudar a pensar em soluções criativas e estimular as partes a serem flexíveis, podendo apresentar [se necessário] sugestões para a finalização do conflito.”³⁰

5. “Pseudo-autocomposição”: meio aparente de livrar-se do litígio.

Como abordado, nos tempos atuais, a conciliação desponta como meio alternativo de solução de litígios ao qual o legislador processual recorre de forma entusiasmada para reduzir a imensa quantidade de processos³¹.

Como já tivemos a oportunidade de afirmar, não há como negar: “a conciliação é muito atraente por liberar o magistrado de uma análise mais profunda do litígio; por meio dela, há uma “devolução do

²⁶ Conciliar; disponível em www.michalis.com.br. Acesso 29 jun. 2010

²⁷ TARTUCE, Fernanda. Conciliação e Poder Judiciário, p. 2. Disponível em: <www.fernandartartuce.com.br> Acesso em 20 de janeiro de 2012.

²⁸ TARTUCE, Fernanda. Conciliação e Poder Judiciário, p. 3, cit.

²⁹ TARTUCE, Fernanda. Conciliação e Poder Judiciário, p. 3, cit.

³⁰ TARTUCE, Fernanda. Conciliação e Poder Judiciário, p. 3, cit.

³¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários ao artigo 125. In Código de Processo Civil Interpretado/ Antonio Carlos Marcato, coordenador. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 370.

conflito” às partes (que foram procurar o Poder Judiciário para uma definição e se vêem confrontadas a encontrarem, por si próprias, uma saída de consenso).”³²

Já na década de 40, Francesco Carnelutti ressaltava a realidade italiana de fomentar a autocomposição por sua maior comodidade ao Judiciário, destacando a tendência do órgão judicial de valer-se da conciliação mais como um meio para se livrar do estudo do processo do que para obter, pela vontade das partes, a justa composição do litígio³³.

Tal postura não é condizente com a promessa de proteção judiciária estatal. Diante da garantia constitucional de inafastabilidade do Poder Judiciário, este deve, quando provocado, atuar para auxiliar as partes em suas necessidades. Vale considerar que talvez a parte tenha procurado o sistema estatal após esgotar todas as chances de acordo; seria lidimo “obrigá-la” a tentar negociar novamente com quem já agiu de má fé em tratativas anteriores?

Algumas previsões legais seguem a tendência de fomentar a conciliação (sem cogitar elementos subjetivos como este) em detrimento do acesso efetivo ao Judiciário. No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis³⁴, logo no início do procedimento é prevista a realização de conciliação prévia, impondo sanções seríssimas aos litigantes que deixarem de comparecer à sessão de conciliação: no caso de ausência do réu, ele sofrerá os efeitos da revelia³⁵; faltando o autor, o processo será extinto sem julgamento de mérito³⁶.

Nos Estados Unidos, Owen Fiss, localizando-se na contramão da tendência de prodigalizar a realização de acordos, afirma que o consenso acaba, irremediavelmente, sendo fruto de coerção³⁷.

Havendo intimidação, tal situação comprometerá a credibilidade da conciliação e do sistema judiciário. Quantas vezes as partes não são propriamente estimuladas a comporem seus conflitos, mas sentem-se coagidas a transacionar pela incisiva insistência do conciliador? Não temos estatísticas sobre o tema, mas qualquer advogado consegue facilmente se lembrar de uma situação em que o “esforço conciliatório” do terceiro (que deveria ser isento) excedeu os limites inerentes à sua necessária imparcialidade. Entre nós, Calmon de Passos abordou o tema, como sempre, indo direto ao ponto:

“Nosso único receio é que nossa ‘tara’ por autoritarismo leve à irritação os magistrados que pretenderem conciliar a todo custo, como temos visto tanto. Não é

³² TARTUCE, Fernanda. Conciliação e Poder Judiciário, cit.

³³“En realidad, sucede que el órgano jurisdiccional encargado del oficio conciliador ve en él mas bien un medio para librar-se del studio de la controversia, que no de obtener a través de la voluntad de las partes la justa composición del litigio, y por ello ejerce, com frecuencia incluso sin habilidad, simple oficio de mediador” (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*, p. 204).

³⁴ A Lei nº 9.099/1995 regula órgãos de justiça diferenciados que permitem a propositura de demandas de menor complexidade e pequeno valor (sem a necessária representação por advogado até o limite de vinte salários mínimos e com tal necessidade entre 20 e 40 salários) por um procedimento bastante abreviado.

³⁵ Lei nº 9.099/1995, art. 20: Não comparecendo o demandado à sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do Juiz.

³⁶ Artigo 51: Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei: I - quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo.

³⁷ FISS, Owen, *Against Settlement*. In: RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *Dispute resolution and lawyers Dispute resolution and lawyers*. 2. ed. EUA- Saint Paul: West Group, 2004, p. 18.

*o aproximar as partes o que importa para elas, mas sim acabar com o ‘abacaxi’ do processo e findá-lo nos moldes em que a ‘equidade’ do magistrado recomenda.”*³⁸

Confirmando as palavras do saudoso professor baiano, já tive a oportunidade de ouvir de uma juíza uma efusiva comemoração do acordo que ela celebrara... Ela celebrara? Ou as partes o fizeram? Qual teria sido a parcela de adesão dos litigantes na construção e na celebração do acordo? De forma otimista, quero acreditar que as partes protagonizaram um bom acordo com a colaboração da magistrada.

Porque se assim não foi, é muito possível que aqueles litigantes voltem ao Poder Judiciário pela má gestão do conflito, seja para executar a decisão (não cumprida espontaneamente), para rever os termos da avença (que não atendeu aos seus interesses) ou para anular a transação (por vício de consentimento).

Como já afirmado em outro trabalho, “quando a autocomposição é imposta, gera resultados perversos às partes, perde sua legitimidade e compromete a (já abalada) credibilidade do Poder Judiciário. Tal conduta é altamente criticável e gera uma ‘pseudoautocomposição’”³⁹. Isso piora ainda mais o quadro de desalento e desconfiança quanto à eficiência do sistema judiciário.

Daí a razão do título deste item: apenas aparentemente o litígio é composto. Em realidade, ele é temporariamente minado, mas pode surgir depois ainda mais forte, motivando a propositura de diversos processos⁴⁰. Assim, é muito importante divisar não só o que é conciliar, mas também errôneas condutas que, apesar de rotuladas como representativas de atividade conciliatória, absolutamente não a configuram.

6. Conclusões

A despeito da falta do desenvolvimento mais profundo de uma cultura de paz, a promoção do uso de mecanismos consensuais vem se intensificando. O constante fomento à conciliação insere-se no contexto de contenção de demandas ante a crise sofrida pelo assoberbado Poder Judiciário. Apesar de tal situação, o instituto deve ser estudado a partir de sua real eficiência no tratamento das controvérsias existentes na sociedade para propiciar um efetivo, adequado e tempestivo acesso à justiça.

Embora se busque alavancar a utilização da conciliação com brocardos positivos e promoção de mutirões para sua realização, é essencial que na prática as audiências colaborem para a credibilidade do instituto a partir do melhor desenvolvimento das técnicas concebidas para sua efetivação.

A falta de treinamento, tempo e estrutura para conciliar pode comprometer a eficiência esperada dos conciliadores.

³⁸ *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III, 8ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 2000, p. 452

³⁹ TARTUCE, Fernanda. Conciliação e Poder Judiciário, cit.

⁴⁰ Tal situação faz recordar o tratamento médico alopatá contra infecções. Quando doentes, se ministramos o remédio por pouco tempo (um ou dois dias), os sintomas podem desaparecer e estimular-nos a abandonar o medicamento. Os médicos, contudo, insistem para que os tomemos pelo prazo estipulado (geralmente cinco dias) para que a infecção não volte ainda mais forte. Afinal, nos primeiros dias debelamos apenas os germes mais fracos, ainda restando alguns resistentes; se pararmos de tomar o remédio, os mais fortes podem se multiplicar e gerar um processo infeccioso ainda mais intenso – e, pior, imune àquele remédio.

Conciliar é aproximar, colaborar, contribuir, fomentar, sugerir, estimular; trata-se de postura ativa, dinâmica, elaborada, atenta e comprometida com as pessoas e seus problemas.

Simplemente questionar se há acordo não é conciliar; tampouco configuram atividade conciliatória pressionar, intimidar, forçar, prejudicar. Se exitosas tais questionáveis condutas, possivelmente gerarão não acordos genuínos, mas lamentáveis “pseudoautocomposições”.

O consenso obtido deve ser legítimo e verdadeiro. De nada adianta que as instituições se contentem com um simulacro de acordo que apenas liquide momentaneamente o processo; aqueles jurisdicionados regressarão com novas lides em uma lamentável “volta dos que não foram”.

Referencias

- ANDRIGHI, Fátima Nancy. Conciliação Judicial. Palestra Proferida na IV Jornada Brasileira de Direito Processual Civil. Fortaleza, 09 Agosto de 2001. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/605>. Acesso 03 mai. 2017.
- BARBOSA, Aguida Arruda. A implantação do instituto da mediação familiar no Brasil. In *Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*. Coordenadores: Maria Berenice Dias e Jorge Duarte Pinheiro. Porto Alegre: Magister, 2008, p. 379-394.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários ao artigo 125. In *Código de Processo Civil Interpretado/ Antonio Carlos Marcato, coordenador*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. III
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944, v. 1
- DEMARCHI, Juliana. Técnicas de conciliação e mediação. In *Mediação e gerenciamento do processo* (coord. Grinover, Watanabe e Lagrasta Neto). SP: Atlas, 2007.
- FALECK, Diego. Introdução ao *Design* de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização. *Revista Brasileira de Arbitragem* v.5, n.23, jul./ago. 2009, p. 7-32.
- FISS, Owen, Against Settlement. In: RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. *Dispute resolution and lawyers Dispute resolution and lawyers*. 2. ed. EUA- Saint Paul: West Group, 2004.
- GOODIN, Robert A. *Mediação: uma visão geral da resolução alternativa de disputas*. Disponível em: <<http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/1299/ijdp/goodin.htm>>. Acesso em: 12 jan. 2008.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame. In: MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2005, v. I, p. 296.
- PONCIANO, Vera Lúcia Feil. Morosidade do Poder Judiciário: prioridades para a reforma. Disponível em www.tj.ma.gov.br. Acesso 04 ago. 2010.
- ROCHA, Márcia. Impacientes, infiéis e insubordinados. Artigo datado de 20 mar. 2008. Disponível na internet: <http://portalexame.abril.com.br/revista/exame/edicoes/0914/gestaoepessoas/m0154779.html>. Acesso 06 out. 2009.
- SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. *Mediação em juízo*: abordagem prática para obtenção de um acordo justo. São Paulo: Atlas, 2000.
- TARTUCE, Fernanda. *Conciliação e Poder Judiciário*. Disponível em: <www.fernandatartuce.com.br> Acesso em 20 de janeiro de 2012
- _____. Lei n. 11.232, art. 475-N, inciso IV: acordo extrajudicial de qualquer natureza homologado em juízo como título executivo judicial. *Revista da Escola Paulista de Direito*, v. 3, p. 233-252, 2006. Disponível em www.fernandatartuce.com.br. Acesso 10 ago. 2010.
- _____. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. São Paulo: Editora Método, 2008.
- WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.