

DOS LIMITES DA ATUAÇÃO DO CONCILIADOR NO PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE CRÍTICA NA PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO MODERNO

THE LIMITS OF THE CONCILIATOR'S ACTION IN THE CIVIL PROCESS: A CRITICAL ANALYSIS FROM THE MODERN DEMOCRATIC STATE PERSPECTIVE

Luciane Cardoso Barzotto¹

Theodoro Luís Mallmann de Oliveira²

RESUMO

O objetivo deste artigo é descrever e analisar de forma crítico-analítica os limites da atuação do conciliador no processo civil moderno à luz do CPC de 2015, o qual prioriza de forma preponderante a solução consensual dos conflitos, nos moldes do art. 3º, §3º do referido diploma. Para tanto, abordar-se-á o histórico, princípios e vantagens da composição consensual de litígios, demonstrando a relevância do papel do conciliador nesse sentido, à luz da consolidação de um Estado democrático onde os direitos dos cidadãos são satisfeitos de forma mais célere, ao mesmo tempo em que se encontra sujeito a limites normativos materiais e processuais. Nesse propósito, serão adotados os métodos: indutivo científico, bem como o dialético.

Palavras-chave: conciliação processual, limites do conciliador, solução consensual, princípio constitucional do acesso à Jurisdição, duração razoável do processo, fraternidade.

ABSTRACT

The objective of this article is to describe and analyze in a critical-scientific way the limits of the conciliator's performance in the modern civil process in the light of the 2015 CPC, which prioritizes in a preponderant way the consensual solution of the conflicts, in the mold of art. 3, paragraph 3 of said diploma. In order to do so, it will address the history, principles and advantages of the consensual composition of litigation, demonstrating the relevance of the role of the conciliator in this sense, in the light of the consolidation of a democratic state where rights of the citizens are more quickly fulfilled, while being subject to material and procedural normative limits. In this purpose, will be adopted the scientific inductive methods, as well as the dialectical.

¹ Juíza do Trabalho do TRT4. Professora da UFRGS, graduação, mestrado e doutorado. Mestre em Direito pela UNISINOS. Doutora em Direito pela UFPR. Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Edimburgo. Líder do Grupo de Estudos Direito e fraternidade da UFRGS (CAPES). lcardoso@trt4.jus.br - <https://orcid.org/0000-0003-3612-5676>.

² Servidor público federal do Ministério da Justiça (PRF). Pós-graduado em Direito Tributário na Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS. Especialista em Direito Processual Civil- Universidade Anhanguera. Graduado em Direito-UFC. Graduando em História-UECE. Advogado licenciado. supertheodoro@yahoo.com.br - <https://orcid.org/0000-0001-9360-3879>.

Keywords: procedural conciliation, limits of the conciliator, consensual solution, constitutional principle of access to Jurisdiction. reasonable length of process, fraternity.

INTRODUÇÃO

Um dos maiores dilemas do sistema Judiciário brasileiro nas últimas décadas tem sido justamente a enxurrada de demandas que assolam os fóruns e Tribunais e se prolongam por anos a fio, não raras vezes acarretando o não desfrutamento do Direito pela parte vencedora, mas por seus sucessores, inclusive por conta dos demorados processos de execução, mesmo já se sabendo quem possui pleno direito na contenda.

Nesse meandro, a solução consensual de litígios através da conciliação tem sido um instrumento divisor de águas no sentido de promover não só uma elucidação mais célere das lides, mas também um real acesso aos direitos almejados.

Dentro dessa percepção heurística, o Novo Código de Processo Civil, o qual passou a vigorar desde 2016, passou a priorizar de forma expressa e preponderante a solução consensual dos conflitos, nos moldes de seu art. 3º, parágrafo 3º, seguindo uma tendência já iniciada no diploma processual civil anterior de 1973.

Portanto, o presente trabalho tem por escopo analisar os limites da atuação da figura do conciliador frente às mudanças implementadas pelo novo CPC e suas perspectivas para dinamizar e aprimorar a prestação jurisdicional. Para tanto, buscar-se-á traçar um histórico das técnicas de solução de litígios (na autocomposição e heterocomposição) e sua crescente valorização como legítimas facilitadoras da atividade jurisdicional, dentro da lógica do sistema de Justiça multifoco.

Em seguida, será analisada a atividade do conciliador propriamente dita, traçando-se seus limites temporais, materiais e processuais basilares, à luz das novas tendências do Processo Civil moderno e as perspectivas para do seu papel para o futuro, onde a sociedade clama por uma solução cada vez mais rápida e eficiente das demandas.

Por fim, será abordada a análise do papel do conciliador em estrita consonância com a garantia da observância dos mais relevantes princípios processuais, a saber, acesso à jurisdição, a duração razoável do processo, instrumentalidade das formas, boa-fé processual, eficiência, autonomia da vontade das partes, cooperação, segurança jurídica, e fraternidade entre outros, que por um lado lhe conferem respaldo em seu múnus, mas por outro lhe impõem limites e deveres.

Além de explicitar as nuances supracitadas, ter-se-á por objetivo outrossim demonstrar, por critérios estatísticos, as reais vantagens dos processos solucionados através da atuação do conciliador e sua efetiva contribuição nesse sentido, bem como avaliar as vicissitudes do andamento de processos sujeitos à conciliação e suas consequências, não só no âmbito do novo Código de Processo Civil como também no do Juizado Especial de Pequenas Causas (Leis 9.099/95 e 10.259/2001) e na Lei de mediação no âmbito da Fazenda Pública (Lei nº 13.140/2015).

A metodologia de procedimento da pesquisa em pauta perpassa através método indutivo científico para satisfatória cognição do tema, tendo por escopo explorar ao máximo suas características essenciais. As técnicas de pesquisa se direcionam para a análise em obras doutrinárias de livros, artigos científicos, periódicos, revistas especializadas, sites jurídicos, acórdãos de Tribunais, anais de congressos e debates legislativos, bem como na legislação brasileira correspondente. No que tange à abordagem dos problemas propostos, a pesquisa em comento será tanto quantitativa como qualitativa. Quantitativa, na medida que visará demonstrar determinadas técnicas estatísticas no sentido de quantificar dados, opiniões e informações a respeito dos estudos levantados. Qualitativa, no sentido de que a investigação científica terá realce nas características particulares das técnicas de solução consensual de litígios. A abordagem ora cogitada será realizada através do método dialético, isto é, direcionado para a “investigação da realidade pelo estudo de sua ação recíproca, da contradição inerente ao fenômeno e da mudança dialética que ocorre na natureza e na sociedade” (FINCATO, 2008)

Nessa toada, o instituto da conciliação, mais que uma mera etapa facultativa do processo civil, passou a se exprimir como uma essencial e relevante fase do procedimento, de forma que, sendo bem utilizada, a partir da correta delimitação dos parâmetros e limites da atuação do conciliador, será uma ferramenta imprescindível para equalizar o bom andamento e solução dos processos civis, garantindo-se o mais elevado grau de exercício da cidadania dos jurisdicionados.

1- HISTÓRICO DOS MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: AUTOCOMPOSIÇÃO E HETEROCOMPOSIÇÃO

É uma característica ínsita ao ser humano o inconformismo nas mais diversas relações, mormente numa sociedade globalizada como a moderna, onde as interações crescem meteoricamente. Nesse azo, os conflitos entre as pessoas estão sempre presentes no dia a dia,

gerando a necessidade de promover a solução mais justa e coerente possível. A legislação não raras vezes, mostra-se insuficiente para solucionar tais conflitos, motivo pelo qual se fez necessária a criação de técnicas para solucionar tais conflitos, os quais, uma vez chegando ao Judiciário, são denominados de lide.

Nesse liame, a criação de meios mais eficazes de solução de conflitos tem sido desde muito tempo uma preocupação constante em vários ordenamentos jurídicos, justamente por conta da excessiva demora no desfecho dessas contendas. Já em 1950, a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais chamava a atenção para a necessidade de se dinamizar as lides processuais, o que foi corroborado pelo O Pacto de San José da Costa Rica no final da década de 1960 e pela famosa carta do *Bill of Rights* dos Estados Unidos, além das Constituições de vários países, inclusive a do Brasil, preponderantemente com a Emenda Constitucional 45/2004, que implementou a reforma do Poder Judiciário. (LUDWIG, 2012)

Essa enxurrada de intermináveis demandas gerou o que se denominou de “crise do Poder Judiciário” e “crise do processo”, culminando na tendência à desjudicialização dos litígios através da previsão legiferante de uma série de institutos mais simplificados e arrojados para tratar relações jurídicas, a exemplo da celebração de Termo de Ajuste de Condutas, separação judicial em cartório de registro civil, negociações bilaterais (cada parte tem seu negociador), entre outros.

A criação dos Juizados de Paz e dos Juizados Especiais de Pequenas Causas foi mais uma tentativa de se garantir o princípio da celeridade processual através das técnicas de solução pacífica dos conflitos, representando um grande avanço na legislação brasileira, bem como acarretando uma gradativa e inexorável importância na figura do conciliador.

Nesse esteio, as técnicas de solução de conflitos podem ser basicamente divididas em autocomposição e heterocomposição; enquanto na primeira, a vontade das partes é determinante para o ajuste e solução do conflito, na segunda, os contendores escolhem um terceiro imparcial para decidir a demanda. Tanto a auto como a heterocomposição trouxeram exímios resultados para a maior rapidez do andamento das ações, conforme leciona o eminente professor Rodolfo de Camargo Mancuso, *in verbis*:

A auto e heterocomposição, fora e além da estrutura judiciária estatal, produz diversas externalidades positivas: alivia a pressão causada pelo excesso de processos judiciais; estimula as partes e interessados a comporem suas divergências, de per si ou com intercessão de um facilitador; agrega estabilidade e permanência às soluções consensuais ou negociadas, pela natural tendência dos envolvidos a prestigiarem a fórmula por eles mesmos industriada; propicia ganho de tempo para os juízes, o qual pode assim ser

realocado para a análise mais aprofundada das lides singulares e complexas, bem como daquelas tornadas impossíveis ou que por sua natureza ou qualidade da parte imponham uma passagem judiciária; enfim, essa distribuição, pluralista e democrática, da justiça, pode atenuar o peso, no orçamento estatal, dos crescentes investimentos na estrutura judiciária, que culminam por erigir um mega-Poder, o qual, nem por isso, conseguirá corresponder à expectativa dos jurisdicionados (MANCUSO, 2009, pp. 223/224).

1.1- Meios de heterocomposição de conflitos

Nessa tendência, a heterocomposição pode ser compreendida através da própria Jurisdição, onde quem decide é um magistrado regularmente investido nas devidas funções em respeito ao princípio do juiz natural ou através da arbitragem, pela qual as partes livremente nomeiam um terceiro imparcial (árbitro) para dirimir o conflito, proferindo inclusive uma sentença arbitral, dotada de uma série de requisitos previstos na Lei 9307/1996.

Quando a possibilidade de eventual conflito for prevista em contrato mais geral pactuando que nesse caso será resolvida mediante árbitro, tem-se o chamado compromisso arbitral. Por outro lado, se o conflito for atual e certo, sendo depois acertado entre as partes seu desfecho mediante arbitragem, teremos o denominado compromisso arbitral, formulado especificamente para tal contenda. (OLIVEIRA, 2013)

Enquanto no regime anterior a sentença arbitral necessitava ser homologada pelo Poder Judiciário para ter eficácia, no sistema atual ela possui muito mais independência, sendo verdadeiro título executivo judicial (art. 515, VII, NCPC), sendo mais um avanço no sentido de desafogar a morosidade e excesso de ações na Justiça brasileira.

1.2- Meios de autocomposição de conflitos

A autocomposição subdivide-se em basicamente em 4 vertentes, a saber: i) autotutela: as próprias partes tomam medidas para tutelar os seus direitos levando vantagem quase sempre a parte mais forte sobre a mais frágil. No decorrer da História essa técnica foi gradativamente sendo deixada de mão, posto que muitas vezes a prevalência do mais forte não traduz justiça alguma (ainda tem resquícios no direito brasileiro, como na autorização de desforço imediato em caso de turbação da posse); ii) transação: em hipóteses de direitos contestados e duvidosos, as partes fazem concessões mútuas, evitando maiores protelações. Passou a ser um marco no direito processual civil e penal pátrio, principalmente por conta da criação da Lei 9.099/95; iii) mediação: de tradição milenar, era utilizada nas mais diversas relações humanas (não só jurídicas), porém nas últimas décadas, com a exacerbada morosidade do Judiciário, ela tem

exercido grandes avanços no Brasil, mormente quando de sua regulamentação pela Lei 9.307/96, cuja aplicação fora tão marcante que inspirou sua expansão para o âmbito da Fazenda Pública pela Lei 13.140/2015; iv) conciliação: é o meio de solução de conflitos onde um terceiro imparcial sugere caminhos e formula propostas para a solução mais adequada entre as partes, que, se for eficaz, levará à transação. Enquanto na mediação o terceiro imparcial não sugere alternativas, o conciliador possui um papel mais ativo, podendo ocorrer tanto no âmbito judicial como no negocial. (TARTUCE, 2008)

A conciliação, foco do presente estudo, tem sido uma forma bastante eficaz para desafogar o Judiciário, além de, mais do que se julgar processos, deve-se de fato solucionar seus litígios, e nesse sentido a conciliação é um mecanismo altamente qualificado, traduzindo a exata noção da “justiça multiportas”: as partes têm liberdade de escolher se a solução será consensual ou mediante processo litigioso. Desse modo, enquanto no CPC de 1973 a conciliação se configurava como mera alternativa de segundo plano (muitas vezes sequer lembrada pelas partes), no CPC de 2015 ela se mostra como prioridade a ser estimulada (art. 3º, §3º). (DIDIER, 2016)

Dentre as principais vantagens desse referido modelo estão: a) evitar demandas procrastinatórias (inclusive recursos); b) privilegiar a autonomia da vontade das partes (art. 190 do NCPC); c) ambas as partes têm a possibilidade de evitar sucumbência total (inclusive no que tange às custas processuais e honorários) d) a conciliação dentro do processo gera título executivo judicial, que tem mais força que o extrajudicial; e) estimula outros litigantes com demandas semelhantes a procurar a conciliação, dinamizando e reduzindo os processos no Judiciário.

Estudos promovidos pelo CNJ mostram que somente em 2016 cerca de 2,9 milhões de processos foram solucionados de forma autocompositiva, representando o percentual de 11% do total de sentenças. A justiça trabalhista foi a que obteve maior eficácia nesse sentido com 25%, seguida pelas Justiças estadual (9%), federal (3%) e eleitoral (1%). O crescimento de 2,7 milhões de processos em 2015 para os citados 2,9 milhões em 2016 evidência de forma irrefutável a contribuição do NCPC no impulsionamento e prioridade da solução consensual de litígios. (BANDEIRA, 2018).

2 PAPEL DO CONCILIADOR E SEUS LIMITES BASILARES

Um primeiro aspecto que merece destaque é o fato do conciliador, embora agindo na intermediação do conflito, nunca emite decisão, cabendo esse ato às partes. Portanto, o

conciliador, por mais proativo que seja e busque o entendimento harmônico, possui o limite de poder tão-somente aproximar os contendores e não decidir a lide. Obviamente, isso não impede de, em caso de necessidade técnica, o conciliador se valer de consulta ao magistrado.

Outro limite em relação ao conciliador diz respeito à sua remuneração: muito embora a função de conciliador seja de enorme relevância para o Judiciário de deva ser justamente remunerada, e conquanto o CNJ estimule de forma cansativa a utilização do instituto da conciliação com vistas a diminuir o excesso de processos morosos que assolam o sistema (inclusive através dos programas “Conciliar é Legal” e do “Dia Nacional da Conciliação”), este mesmo Conselho traça limites para os salários, através da Resolução 125/2010, que variam de acordo com faixas definidas (voluntário, básico, intermediário, avançado e extraordinário), ao mesmo tempo que estimula a capacitação desses funcionários no trato com as lides. Portanto, apesar dos conciliadores não terem a obrigatoriedade da graduação em Direito, devem ser constantemente capacitados e avaliados. O art. 7º, VII da Resolução em apreço traz a obrigatoriedade de que os conciliadores sejam cadastrados em Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos dos Tribunais para devido controle.

O conciliador, ao inverso do que ocorre com os mediadores, deve exercer suas funções preferencialmente em processos que não há vínculo anterior com as partes, justamente porque isso garantirá de forma mais eficaz a sua imparcialidade, na medida que ele irá propor sugestões para estimular a solução da demanda.

No que diz respeito aos litígios envolvendo o Poder Público, há também a previsão de criação de centros de solução consensual de conflitos tanto no âmbito judicial (art. 24 da Lei 13.140/2015) como na aléa administrativa (art. 32 da mesma lei), evidenciando que a prioridade dada pelo NCPC à solução consensual foi referendada também pela Administração Pública.

Nessa esteira, não basta que a figura do conciliador detenha uma série de conhecimentos técnicos, a exemplo de domínio jurídico, administrativo, contábil, estatístico para a situação, entre outros. Mais que isso, deve ter a sensibilidade de saber conduzir uma boa conciliação e senso moral e ético através da manutenção da confiança, respeito, dignidade e urbanidade entre as partes, o que sem dúvida requer experiência, didática, noções de relações humanas e outros atributos especiais para o bom andamento da convergência de pontos de vista e consequente solução da demanda.

3 LIMITES DA ATUAÇÃO DO CONCILIADOR À LUZ DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

3.1- Conciliador imparcial em função da confidencialidade e autonomia da vontade das partes

Conforme retromencionado, o conciliador, embora possa traçar inúmeras sugestões para o deslinde da demanda, jamais pode se substituir à vontade das partes, respeitando sua autonomia de forma preponderante. O fato do conciliador poder sugerir não significa que a ele será permitido emitir opiniões e juízos de valor como se estivesse julgando.

O conciliador deve também zelar para que as partes não negociem direitos indisponíveis, burlando o espírito da lei em relação à conciliação (atr 357, §2º NCPC). Outro pormenor é que, embora prevaleça a autonomia da vontade das partes (art 379), deverá o conciliador respeitar o direito da parte não produzir prova contra si mesma (inclusive documentos- art. 404), gerando-lhe transtornos, além das partes não poderem ser coagidas pelo conciliador a quebrar certos sigilos podendo ser incriminada – deve o conciliador advertir os litigantes que não são obrigados a falar certos assuntos, inclusive evitando incriminar cônjuges e litisconsortes (Arts. 388 c/c 391 § único). Além do que, o conciliador tem o múnus de manter a indivisibilidade da confissão e evitar induzir as partes ao erro, sob pena de revogação da confissão (art. 393, CPC).

A confidencialidade deve ser observada pelo conciliador de forma constante (especialmente em questões envolvendo direito de família, menores e sucessões), evitando que as partes sofram constrangimentos e exposições desnecessárias. Existe inclusive a dúvida se a audiência de conciliação poderia ser gravada pelas partes independentemente de autorização judicial, aplicando-se o art. 367, §§5º e 6º do NCPC. *Data venia*, nós entendemos, salvo melhor juízo, que em determinados casos envolvendo manifesto constrangimento para as partes (especialmente em casos familiares), essa gravação pode ser restrita e nessa hipótese cabe ao conciliador ter a observação, experiência e sensibilidade necessária para identificar esses casos delicados e repassar a situação restritiva ao magistrado. O teor dessas informações confidenciais também não pode ser utilizado de forma indiscriminada fora do processo, inclusive em redes sociais.³

Uma última nuance em relação a tal princípio é que, apesar do conciliador ter obrigação de garantir a delimitação/determinação do pedido art. 324, NCPC), poderá ele,

³ A nosso parecer, os princípios da instrumentalidade das formas e autonomia da vontade das partes possibilitam a gravação das audiências de conciliação independentemente de autorização judicial.

durante as negociações conciliatórias, garantir que a parte autora formule um pedido alternativo/subsidiário atingindo a desejada conciliação, pois se o réu concordar, pode o autor mudar esse objeto da demanda (art. 329).

3.2- Conciliador e princípio da ampla defesa e contraditório

Por mais que busque preservar o direito das partes, o conciliador deve garantir que estejam acompanhadas de seus advogados/procuradores/defensores públicos, nos termos do parágrafo 9º do art. 334 do NCPC. Além do que, o conciliador deve verificar se o advogado está de fato auxiliando eficientemente os interesses do cliente (que muitas vezes pode ser analfabeto, inocente, inexperiente), bem como se esse cliente é pródigo, absoluta ou relativamente incapaz, do contrário a conciliação será anulável (TARTUCE, 2008)

Tal cuidado deve ser redobrado em caso de conciliação sob o portfólio da videoconferência ou outro recurso em transmissão real (art. 236, §3º), pois, dependendo do sistema *online* a ser utilizado, pode ser complicado o entendimento entre as partes, gerando ruídos de comunicação. Outro prejuízo à ampla defesa na conciliação pode ocorrer em face de certos sistemas da web só permitirem a inclusão de até 04 participantes, contudo nem sempre é possível esse limite de participantes na conciliação, dependendo do número de partes e procuradores, além de em certos casos ser necessária a participação do MP como *custos legis*. Nesses casos, o conciliador deve asseverar que o sistema de tecnológico utilizado permita a participação de todos quantos for imprescindível, do contrário não poderá ser feita conciliação por videoconferência, mas sim pessoalmente.

Outro minudente para assegurar a ampla defesa a ser proporcionado pelo conciliador é em certos casos garantir a participação de intérpretes para o bom entendimento entre os conciliantes (ex: turistas alemães/holandeses/italianos que disputam filhos de cidadãs brasileiras; imigrantes haitianos/venezuelanos/bolivianos que constantemente vêm ao Brasil e são ludibriados por contratantes etc.), mormente em um país como o Brasil, visitado de forma estratosférica por turistas do mundo inteiro. Essa garantia, além de respeitar contraditório e ampla defesa, tem a ver também com o princípio do acesso à jurisdição.

3.3- Conciliador e princípios da eficiência, celeridade e duração razoável do processo

Outra qualidade exigida na atuação do conciliador é evitar conciliações longas e exaustivas (embora seja possível haver mais de uma audiência de conciliação - art. 334, §2º), devendo ter “jogo de cintura” para saber distribuir o tempo de forma racional e eficiente, evitando sugestões e discussões esdrúxulas e mantendo a ordem, e dinâmica dos trabalhos evitando protelações desnecessárias e que muitas vezes são tendenciosas, o que pode caracterizar também litigância de má-fé e ato atentatório da justiça- em tais circunstâncias, é obrigação do conciliador alertar ao magistrado essas possíveis manobras, que seriam da mesma forma rechaçadas pelo juiz (art. 370, § único).

O conciliador deve ter em mente que um dos maiores objetivos da conciliação é justamente trazer celeridade processual, logo a conciliação deve se perpetrar de forma dinâmica e eficiente, sobretudo em se tratando de partes hipossuficientes que não dispõem de condições de arcar com custas processuais e honorários em processos demorados, bem como pessoas enfermas ou com idade avançada, que correm o risco de sequer estarem vivas até o desfecho do processo. Tal circunstância evidencia também o compromisso do conciliador com a isonomia processual, auxiliando as partes mais vulneráveis. (DIDIER, 2016)

Para dar margem a essa duração razoável e celeridade do processo, o bom conciliador tem o dever de verificar se não há casos de improcedência liminar do pedido, nos termos do art. 332 do NCPC, decadência, coisa julgada, decisão arbitral, entre outros, o que evita gastos e demora tanto para as partes como para o Judiciário.

Dependendo do caso, a produção antecipada de provas prevista no art. 381 do novo Código de Processo Civil pode ocorrer até para o planejamento de uma futura conciliação, portanto o conciliador diligente deve atentar para esse detalhe. Contudo, existem provas que não podem ser produzidas de modo antecipado e o conciliador também deve ser zeloso quanto a isso através de um discernimento.

Outra tarefa precípua do conciliador é identificar e ajudar a evitar questões processuais pendentes, pois, ainda que não seja atingida a conciliação, não deve o conciliador ficar inerte, podendo fazer as partes chegarem a um denominador comum em relação a certas questões, para que o juiz não tenha o posterior trabalho de sanear o processo, caso não haja acordo negocial, nos termos do art. 357, I do NCPC. (DIDIER, 2016)

3.4- O conciliador frente à flexibilização formal negocial/ convencional e à instrumentalidade das formas

Outro grande avanço trazido pelo CPC de 2015 foi a possibilidade das partes flexibilizarem o procedimento de forma negocial, priorizando-se sua autonomia volitiva. Na regulamentação do CPC de 1973, havia um rigoroso e inútil formalismo, o que obrigava que todos os passos do procedimento fossem observados da forma mais precisa possível, gerando não raras vezes indisposição das partes, morosidades e custos desnecessários.

O CPC de 2015 foi um divisor de águas nesse quesito, conferindo às partes a prerrogativa de alterar diversas normas procedimentais, inclusive no que concerne ao ônus da prova. Aplica-se nesse raciocínio a chamada instrumentalidade das formas, relativizando certas nulidades sanáveis, na medida que, a despeito dos eventuais vícios, se o ato processual utilizado tiver obtido êxito no atingimento de suas finalidades, será considerado plenamente válido e eficaz.

Dentro dessa perspectiva, o conciliador deve cuidar para a correta aplicação dessa flexibilização negocial e instrumentalidade das formas (Arts. 190 e 373, §3º, NCPC), pois essa garantia não confere um salvo conduto para as partes burlarem a lei e criarem atalhos para finalidades ilícitas. Nesse sentido, a fiscalização do conciliador deve ser constante e incansável.

A distribuição do ônus da prova mediante conciliação deve ser limitada aos direitos disponíveis das partes e também deve evitar que torne extremamente difícil a atuação processual de alguma das partes em busca de seu direito (art. 373, §3º, NCPC), pois, da mesma forma que o acordo pode ser feito em cooperação com o juiz (art. 357, §3º), também o deve ser nas hipóteses de atuação do conciliador (lembrando que este nunca decide, apenas sugere).

Essa cautela do conciliador deve ser redobrada quando se tratar de conciliações no âmbito da Fazenda Pública (Lei nº 13.140/2015), haja vista que vigora em regra o princípio da indisponibilidade do interesse público, portanto o gestor público deve ter plenos poderes para conciliar certos direitos e eles devem de fato ser disponíveis.

Por conseguinte, deve haver uma preocupação constante do conciliador em evitar esse prejuízo para alguma das partes. Inclusive as próprias sugestões proferidas pelo conciliador devem seguir essa limitação, porquanto quaisquer mudanças no procedimento (sejam antes, durante ou depois do processo), devem ser relacionadas tão-somente com direitos que admitam autocomposição.

3.5- O conciliador e os princípios da informalidade e decisão informada

Deve haver uma preocupação constante do conciliador em evitar prestar informações com pouca clareza, prolixas, dúbias ou incompreensíveis, primando pelo princípio da decisão informada. Nada obstante, devem as partes ser prévia e satisfatoriamente informadas dos riscos e consequências de seus atos no contexto da conciliação, com vistas a se evitar surpresas desagradáveis e imprevisíveis. Essas informações devem ser tanto quantitativas como qualitativas. (DIDIER, 2016)

Outro detalhe a ser esmiuçado na função conciliatória é a proibição do conciliador de permitir que certas questões complexas e ininteligíveis pelas partes não passem pelo crivo do exame pericial, caso necessitem de conhecimento técnico mais especializado, pois pode dificultar a capacidade das partes realizarem uma conciliação justa. O conciliador pode também sugerir que o perito compareça para esclarecer pessoalmente pontos controversos.

Nesse ensejo, o conciliador deve garantir aos conciliantes um ambiente agradável e propício à conciliação, evitando inclusive preciosismos e jargões elevadamente técnicos, o que nos leva a abordar a conexão com o princípio da informalidade: deve ser utilizada a linguagem simples, cognoscível, sem símbolos complexos e solenidades desnecessárias, atendendo inclusive ao princípio da oralidade, preconizado também pelo Juizado Especial de Pequenas Causas (art. 2º da Lei 9.099/95), além do art. 166 do NCPC (diferentemente do CPC de 1973).

Quanto mais as partes estiverem a par das nuances do processo e ficarem à vontade durante os trabalhos, melhor poderão formular suas propostas e tomar suas decisões livres de pressões ou receios, daí o papel preponderante do conciliador em seu múnus processual. (JÚNIOR 2015)

3.6- O conciliador em relação à boa-fé processual, cooperação e confidencialidade

Outro limite na atuação do conciliador é evitar sugerir propostas de conciliação que possam gerar intrigas, quebra da confiança, falta de urbanidade, respeito e decoro, em nome dos princípios da cooperação e boa-fé processual. Por mais que o conciliador atue com independência, esta não pode extrapolar certos limites, daí a importância dele se pautar por tais princípios, evitando, por conseguinte, eventual litigância de má-fé e ato atentatório da justiça. (BRASIL, 2018)

Outro discernimento necessário para o conciliador é promover o andamento da audiência de forma a ressaltar a cooperação entre as partes, que devem ser tratadas de forma isonômica e convergir para a solução consensual da demanda. Nessa lógica, o papel do

conciliador pode ser decisivo, por isso deve evitar quaisquer atos das partes que se desvirtuem desse objetivo e, uma vez identificadas possíveis ilicitudes, deverá tomar as providências no sentido de informar ao magistrado e fazer constar em ata. (BRASIL, 2018)

Dessa maneira, a atenção pelo conciliador aos princípios da boa-fé e da cooperação só traz benefícios, posto que, quando as partes atuam com boa vontade e transparência, normalmente as chances de se obter um bom e mais rápido acordo serão bem maiores, pois haverá uma indubitável confiança recíproca.

Por fim, frise-se também a vedação do conciliador permitir (ainda que por descuido) que alguma das partes seja ludibriada e manipulada (conforme já explicitado em função da ampla defesa) ou que sejam efetuados acordos desproporcionais, pois nesse caso poderá haver justiça formal, mas não justiça de fato. A prudência e atenção do conciliador devem ser uma vigorosa constante.

3.7- O conciliador e a fraternidade

O princípio da fraternidade vem tomando forma no contexto constitucional moderno, sendo paulatinamente redescoberto na teoria jurídica, na teoria dos direitos fundamentais (FONSECA, 2020).

A fraternidade, consiste, portanto, na capacidade de reconhecer o outro como pessoa - ser racional e livre e igual aos demais como fim em si mesmo.

A fraternidade na aplicação do direito significa a capacidade que o julgador possui de conceber os fins concretos da lei à luz do seu fim último, a pessoa. Ninguém pode ser considerado um meio para a realização de um ideal de ordem ou aprimoramento social. O juiz revela conhecer o sentido do direito quando reconhece o direito como um meio para o fim que é o jurisdicionado: o conhecimento do direito está na dependência do reconhecimento do outro como pessoa.

A fraternidade, portanto, longe de sobrepor-se às exigências próprias do direito, igualdade e responsabilidade (liberdade), é o fundamento destas (BARZOTTO, 2016). A fraternidade não suaviza os rigores da lei, mas os intensifica, bem como não desvia o juiz de sua missão de aplicar igualmente a lei, a pretexto de ser “fraterno” em relação a uma das partes.

O juiz ao conciliar promove que as partes se coloquem na posição do outro, para a solução dos conflitos.

A conciliação é um momento privilegiado da fraternidade. Esta, com efeito, tem na reciprocidade seu elemento central. Isso fica evidente se considerarmos a chamada “regra de ouro” como a fórmula mais precisa da fraternidade: “Faze aos outros o que gostaria que fosse feito a ti.” Ora, a conciliação dispensa uma “igualação vertical” operada pelo juiz, em prol de uma “igualação horizontal”, realizada pelas próprias partes, em uma postura de reciprocidade. Por isso, pode-se dizer que a conciliação é um instrumento particularmente “fraternal” de acesso à justiça e solução do conflito porque exige que os atores processuais se coloquem na posição do outro litigante.

A conciliação representa não somente uma garantia contra a incerteza do conteúdo da prestação jurisdicional, mas ela, de certo modo, expressa a essência de um direito democrático, porque não só a gênese da lei é confiada aos seus destinatários (democracia legislativa), mas também a aplicação do direito é confiada àqueles aos quais ela se dirige (democracia judicial) (BARZOTTO, 2016). E a democracia, dentre os regimes de governo, é o único que pode pretender estar fundado na fraternidade, uma vez que estabelece uma relação de reciprocidade entre os cidadãos. Ou seja, a conciliação é um exemplo de fraternidade aplicada ao direito e acesso à justiça em seus múltiplos aspectos, incluindo aí a celeridade e democracia e os demais princípios evocados no presente trabalho.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que, tal como o magistrado, um bom conciliador deve sempre buscar a proatividade jurídica para chegar a um justo acordo entre as partes (art. 139, NCPC), porém deve se pautar por uma série de limites, evitando inclusive o ativismo jurídico, este sim vedado, pois gera a quebra de imparcialidade e a imposição de vetores ideológicos nas propostas, desvirtuando as finalidades da conciliação. A conciliação, embora tenha prioridade no CPC de 2015, não pode ser utilizada de forma indiscriminada, mas com certos parâmetros.

Através de ponderada reflexão, deduz-se, outrossim, que a imposição de limites à função do conciliador de forma controlada e cautelosa não deve ser encarada como uma forma de gerar entraves à conciliação, mas sim de conferir segurança jurídica, garantindo que os princípios do processo civil sejam respeitados, aumentando a confiança dos cidadãos na eficiência do instituto da conciliação, servindo de norte para que outros litigantes também tenham interesse em se valer dela, o que dará ênfase inclusive no princípio do acesso à jurisdição (cláusula pétrea), com vistas a atender da forma mais satisfatória e célere possível os

interesses das partes.

Os estudos realizados demonstram que a conciliação no âmbito da Fazenda Pública é possível, mas também deve ser bem regulamentada, evitando-se desvios, cujo prejuízo seria ainda maior para a sociedade em geral, já que envolve valores que afetam o patrimônio público, demandando probidade administrativa. Infere-se também que no âmbito dos juizados especiais, os limites ao papel do conciliador devem ser ainda mais observados principalmente no sentido de dinamizar o processo e evitar nulidades que trariam morosidade e protelações desnecessárias.

Numa sociedade ideal e evoluída, o normal é a conciliação prevalecer em todas as demandas, pois nessa coletividade cada cidadão não visa só seus interesses particulares, mas a convivência comunitária harmônica, almejando não só reivindicar seus direitos, mas também de cumprir seus deveres. Nesse alvitre, é importante a função de conciliador ser bem desenvolvida, inclusive sob a constante fiscalização por parte do juiz, do ministério público e da sociedade civil em geral.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Regina. **Relatório Justiça em números traz índice de conciliação**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83676-relatorio-justica-em-numeros-traz-indice-de-conciliacao-pela-1-vez>> Acesso em: 05 jan. 2018.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Acesso à Justiça e fraternidade: o exemplo da conciliação**. In BARZOTTO, et alii. (org) *Direito e Fraternidade: em busca de respostas*. Porto Alegre: Sapiens, 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil - LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015**, Brasília, DF, mar 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 05 jan. 2018.

BRASIL. **LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995**, Brasília, DF, nov 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 05 jan. 2018

BRASÍLIA, DF: SENADO FEDERAL: CENTRO GRÁFICO, 1988. 292 P. BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**.

DIDIER Jr., Fredie. **A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no novo Código de Processo Civil brasileiro**. Revista Direito Mackenzie, v. 11, p. 129-155, 2017.

DIDIER Jr., Fredie. **Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015**. Revista Brasileira da Advocacia, v. 1, p. 59-86, 2016.

DIDIER Jr., Fredie. **Novo CPC: doutrina selecionada**. Parte Geral. V1. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 373-375.

FINCATO, Denise Pires. **A pesquisa jurídica sem mistérios: do projeto de pesquisa à banca**. Porto Alegre: Notadez, 2008, p.39.

FONSECA, Reynaldo Soares da. Verbete 58. **Fraternidade e Direitos Fundamentais: Constitucionalismo Fraternal**. In Direito do Trabalho, Tecnologia, Fraternidade e OIT - BARZOTTO, Luciane Cardoso et alii. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. 1. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015

LUDWIG, Frederico Antônio Azevedo. **A evolução histórica da busca por alternativas eficazes de resolução de litígios no Brasil**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12354>. Acesso em jan 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, pp. 223/224.

OLIVEIRA, Geisa Cadilhe de. **Técnicas de solução de conflitos: autocomposição e heterocomposição**. Conteúdo Jurídico, Brasília DF: 19 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.46327&seo=1>>. Acesso em: 04 jan. 2019.

RIVAS, Pablo Ramirez. **Fraternidad y conflicto**. (comp). Buenos Aires: Editorial Ciudad Nueva, 2011.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis**, São Paulo: Método, 2008, p. 296.

Recebido – 09/10/2020
Aprovado – 11/05/2021