

A AUTOCOMPOSIÇÃO NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

*Ivan Aparecido Ruiz**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 1 Separação judicial contenciosa. 3 Conciliação. 3.1 Conceito. 3.2 Natureza jurídica. 3.3 Classificação. 3.4 Momentos da tentativa de conciliação no processo de separação judicial litigiosa. 3.5 Cotejo com a reconciliação. 3.6 Presença e participação do advogado na fase de reconciliação e conciliação. 3.7 Vantagens da conciliação nessas ações. 4 A conciliação no Direito de Família (separação, divórcio e alimentos). 5 Projeto de Lei n. 4725-04 (Separação e divórcio consensual por Escritura Pública). 6 Conclusões. 7 Anexo I. 8 Referências.

RESUMO: Tanto na separação judicial quanto no divórcio, hoje, mais do que nunca, a autocomposição é a forma mais viável para pôr fim a esses tipos de demanda. Deve, pois, ser incentivada a reconciliação e a conciliação. Não é por outro motivo, que, atualmente, já se fala na possibilidade de separação judicial consensual e de divórcio consensual por intermédio de Escritura Pública.

PALAVRAS-CHAVE: separação judicial; divórcio; autocomposição; reconciliação; conciliação e Escritura Pública.

THE AUTOCOMPOSITION IN FAMILY RELATIONSHIPS

ABSTRACT: In the judicial separation as well as in the divorce, today, more than ever, the autocomposition is the most viable form to bring to an end this type of demand. Reconciliation and conciliation should therefore be encouraged. That is why, nowadays, it is speculated the possibility of consensual judicial separation and consensual divorce by the use of Public Writ.

KEYWORDS: judicial separation; divorce; autocomposition; reconciliation; conciliation and Public Writ.

* Professor adjunto na Universidade Estadual de Maringá – UEM, professor dos cursos de Mestrado da UEM e do CESUMAR, Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina – UEL-PR, e doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

1. INTRODUÇÃO

O presente texto tem por objetivo mais específico analisar o *instituto da conciliação na separação judicial litigiosa*, enfocando as vantagens do mesmo, mormente quando se trabalha com questões tão delicadas, como as que se referem ao Direito de Família. Não se olvidará, também, de traçar a diferença entre a *conciliação* e a *reconciliação*, bem como enfocar o Projeto de Lei n. 4725/2004, que prevê a possibilidade de separação e divórcio *consensual* por intermédio de Escritura Pública.

2. SEPARAÇÃO JUDICIAL CONTENCIOSA

Atualmente, a dissolução da sociedade conjugal e do casamento, e, em especial, a *separação judicial*, vem tratada na Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio)¹, e pelo art. 1571, incs. III e IV, §§ 1º e 2º, do Código Civil brasileiro de 2002. Hoje não mais se fala em causas de *desquite*. Este, com o advento da Lei do Divórcio, passou, automaticamente, a ser tratado como *separação judicial*.²

Uma das formas de por termo na sociedade conjugal, ao lado da morte de um dos cônjuges, da nulidade ou anulação do casamento e do divórcio, é a *separação judicial*. Esta não termina o casamento, mas põe termo aos *deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens*, como se o casamento fosse dissolvido. A *separação judicial* tanto poderá ser celebrada de *forma amigável* ou *consensual*, sendo chamada de *separação judicial consensual*, quanto de *forma litigiosa*, conhecida por *separação judicial litigiosa*.

A *separação judicial consensual* vem prevista na Lei de Divórcio (arts. 4º e 34) e no Código de Processo Civil de 1973 (arts. 1.120 a 1.124). Por sua vez, a *separação judicial litigiosa* é tratada no art. 5º da referida lei, devendo-se quanto ao processo, observar o *processo de conhecimento*, que deverá desenvolver-se pelo *procedimento comum ordinário*.

Para o caso de *separação judicial litigiosa*, o antigo *desquite litigioso*, a Lei n. 968, de 10 de dezembro de 1949 estabelece a fase *preliminar de conciliação*

¹ O divórcio, entre nós, foi introduzido pela Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, que deu nova redação ao § 1º do art. 175 da Constituição Federal de 1967.

² Confira-se, a propósito, os arts. 39, 41 e 42, da Lei do Divórcio.

ou acordo (arts. 5^{o3} e 6^{o4}). Não obstante essa legislação prever essa fase preliminar de *tentativa de conciliação* tão somente para o desquite litigioso, doutrina de escol⁵ também estende a fase de *reconciliação* para os casos de separação judicial consensual.

Nesse momento, no curso do procedimento, o legislador quis possibilitar aos cônjuges que estão se separando a oportunidade de tentar a *reconciliação* e *conciliação*, a fim de que os mesmos, acaso não se reconciliem, possam *conciliar-se*, pondo fim à sociedade conjugal de forma amigável ou consensual. É a presença da *autocomposição* no curso do procedimento. Nesta forma de por fim a sociedade conjugal, os próprios cônjuges põem fim à sociedade conjugal, sem a interferência de um terceiro que viesse a decidir. Aqui, não há espaço para uma solução imposta pelo Estado-juiz. Não há uma sentença de mérito propriamente dita (art. 269, inc. I, do CPC/73). O magistrado, chegando as partes a uma autocomposição, simplesmente se limita a proferir uma sentença homologatória, desde que observadas as exigências da legislação processual e material.

³ “Art. 5º. Conseguida a transação entre as partes, o juiz mandará autuar a petição inicial e documentos, e determinará que seja o acordo reduzido a termo, por elas assinado, ou a seu rogo, se não souberem ler ou não puderem escrever, a fim de ser por ele homologado, após ouvir o Ministério Público”.

⁴ “Art. 6º. Verificada a impossibilidade de solução amigável, inclusive pela falta de comparecimento de qualquer dos litigantes, o juiz despachará a petição, mandará lavrar termo do ocorrido e determinará a citação do réu para se defender no processo, que seguirá o curso estabelecido na lei”.

⁵ “O dispositivo, que não representa originalidade de nosso direito, consubstancia regra de ordem pública; donde a inviabilidade de dispensa pelo juiz ou pelas partes, da tentativa de reconciliação assim determinada. Daí a necessidade de ser tentada a reconciliação pelo juiz, no momento adequado, conforme se trate de separação por mútuo consentimento ou separação litigiosa, sob pena de invalidar-se todo o processado. Nesta matéria, é nenhum o poder de disponibilidade do processo reconhecido às partes. É certo que na legislação especial (Lei 968, de 10.12.49), cuidara-se da tentativa de reconciliação ou de transigência mais especificamente ao nível do *desquite litigioso* (art. 1º); tinha-se, porém, ao nível do *desquite por mútuo consentimento*, e com objetivo assemelhado, a audiência em separado dos desquitandos, determinada pela legislação processual civil, no que dispunha o Código de Processo de 1939, em seu art. 643, que, “apresentada a petição (de desquite por mútuo consentimento), o juiz ouvirá os cônjuges, separadamente, sobre as causas do desquite, e lhes fixará o prazo de quinze a trinta dias para que venham ratificar o pedido”. (CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. Tomo 1, 6. ed. rev. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 124-125).

3. CONCILIAÇÃO

3.1 CONCEITO

A palavra *conciliação*, do latim *conciliare*⁶, é encontrada nas principais línguas latinas: *conciliation*, em francês; *conciliazione*, em italiano; *conciliación*, em espanhol. No inglês, *conciliation*; e *Sühne, Aussöhnung, Versöhnung*, em alemão.

A palavra *conciliação* é polissêmica, já que “O termo *conciliação* tanto indica a ação destinada ao apaziguamento das pessoas divergentes quanto o próprio resultado obtido”.⁷

A respeito desse conceito, De Plácido e Silva⁸ anota: “Derivado do latim *conciliatio*, de *conciliare* (atrair, harmonizar, ajuntar), entende-se o ato pelo qual duas ou mais pessoas desavindas a respeito de certo *negócio* ponham fim à divergência amigavelmente. Está, assim, na conformidade de seu sentido originário de *harmonização* a respeito do que se diverge. Desse modo, a *conciliação*, tecnicamente, tanto pode indicar o *acordo* amigável, como o que se faça, judicialmente, por meio da *transação*, que termina o litígio”.

Já em *sentido jurídico*, entende-se por *conciliação* o ato judicial celebrado perante autoridade pública, entre as partes (autor e réu), e com a finalidade de esclarecer e ajustar suas respectivas pretensões ou diferenças. Defende-se, ainda, que “*conciliação* tanto se emprega com sentido de procedimento de órgão judiciário visando a obter o ajuste entre os interessados, como equivale ao próprio acerto efetuado entre as partes”⁹.

Alonso García¹⁰, muito embora tratando da *conciliação* no Direito do Trabalho, conceitua-a como “aquele sistema de solução de conflitos de trabalho (individuais ou coletivos), em virtude do qual as partes do mesmo, ante um terceiro que não propõe nem decide, contrastam suas respectivas pretensões, tratando de chegar a um acordo, que elimina a possível contenda judicial”.

⁶ Significava ajustar ânimos em oposição.

⁷ CENEVIVA, Walter. *Conciliação no processo civil brasileiro*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 374.

⁸ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. v. 1, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 486-487.

⁹ TOSTES MALTA, Cristóvão Piragibe. *Da competência no processo trabalhista*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 66-67.

¹⁰ GARCÍA, Alonso. *Curso de derecho del trabajo*. 4. ed. Barcelona: 1973, p. 674.

Alfredo Ruprecht¹¹, também no contexto do direito laboral, de uma forma mais restrita, a conceitua como “[...] um meio de solução dos conflitos coletivos de trabalho, pelo qual as partes – voluntária ou obrigatoriamente – levam suas diferenças ante um terceiro, que não propõe nem decide, com o objetivo de harmonizar, conformar ou ajustar suas mútuas pretensões, tratando de chegar a um acordo que seja satisfatório para ambos”. Ou seja, a exclui nos dissídios individuais.

Segundo Francesco Carnelutti, a conciliação se traduz na intervenção de um terceiro entre os portadores dos interesses em conflito, com o objetivo de induzi-los à composição contratual, com vistas a uma *justa composição*, pois nela há preocupação com o dado justa.¹²

Para Domingos Sávio Brandão Lima¹³, “[...] consiste a conciliação no encaminhamento das partes, para que elas próprias, com o auxílio do juiz, ponham termo ao processo, mediante um acordo que, devidamente assinado pelos demandantes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença e constituirá título executivo judicial”.

À conciliação diz-se, pois, do ato ou efeito de conciliar-se; da harmonização de litigantes ou pessoas que andem em desavença. É a boa harmonia, o acordo, o conagraçamento, a combinação.

Na conciliação ter-se-á necessariamente a figura do conciliador, que é terceiro em relação às partes em conflito. O conciliador não impõe sua vontade, e muito menos a vontade constante no comando da norma estatal. Não decide, não julga. Ademais, essa interferência, como auxílio que é, não pode ser coativa. Mas, não obstante a exigência dessa conduta ao conciliador, na prática, principalmente na Justiça Especializada do Trabalho, tem-se presenciado, em vários casos, esse tipo de comportamento, em que as partes são pressionadas a celebrar acordo. A conciliação tem de ser, e deve ser, incentivada. No entanto, quando utilizada de forma anormal, sob coação ou pressão, deve ela ser afastada, pois, ninguém é obrigado a conciliar.

Entende-se que a conciliação é atividade do juiz e das partes. Assim, a conciliação, entende-se, será sempre endoprocessual, ou seja, ocorrerá sempre no curso do procedimento, visto que esse ato – *ato de conciliar* – é realizado em audiên-

¹¹ RUPRECHT, Alfredo. *Conflitos coletivos de trabalho*. Tradução: José Luiz Ferreira Prunes. São Paulo: LTr, [s.d.], p. 200.

¹² CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. v. 1, Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 275-276.

¹³ LIMA, Domingos Sávio Brandão. Conciliação I. In: LIMONGI FRANÇA, R. (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 111.

cia, perante o magistrado. Com efeito, sendo a conciliação um ato realizado em audiência, ocorrerá ela nos processos de *procedimento comum ordinário* (arts. 331, § 2º, e 447, do CPC/73), de *procedimento comum sumário* (arts. 277 e 278, do CPC/73) ou de *procedimento especial* (arts. 898, *in fine*, 903, 910, parágrafo único, 916, § 2º, 1122 e §§, dentre outros, todos do CPC/73). Nesse encadeamento de idéias, atualmente, não é de se olvidar o disposto no art. 125, inc. IV, do CPC/73, quando afirma que “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: (...) tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”. Disso se pode afirmar que, para caracterizar-se¹⁴ a conciliação, necessária é a presença de um juiz.

Dessa forma, pode-se afirmar que ela difere da *transação*¹⁵ e da *mediação*,¹⁶⁻¹⁷ pois nestas não há necessidade da autoridade do juiz, enquanto a

¹⁴ Segundo Pedro Aragonese, a conciliação apresenta as seguintes características: “1º) Trata-se de uma forma persuasiva de obtenção de acordo. Caráter genérico de todas as estruturas até agora examinadas. 2º) O conciliador tem que ser imparcial e comum, à semelhança do que ocorre com os sujeitos de mediação e bons ofícios. Por isso, não é da essência de tal instituição, que as partes os acompanhem ou não de ‘próprios’, comumente denominados de ‘homens probos’ 3º) A atividade do conciliador e sua proposta não são vinculantes para as partes. Por isso, o caráter de solução persuasiva é da essência da conciliação. 4º) Não é da essência da conciliação a forma de designação do conciliador (conciliação judicial ou extrajudicial), nem do âmbito de sua atuação (conciliação com proposta de solução ou sem ela) e, menos ainda, toda a indicação de tipo valorativo (segundo o qual se distinguiria a conciliação judicial da extrajudicial) em que a primeira tende a uma composição justa, enquanto que a segunda, confundindo-a com mediação, tende a uma composição contratual qualquer, uma vez que em tal distinção não se tem em conta que a justiça do acordo deriva da autonomia da vontade das partes e não da atividade do conciliador” (*Proceso y derecho procesal*. Madrid: Aguilar, 1960, p. 18-19).

¹⁵ No entanto, é de se observar que a transação, quando judicial, é consequência da conciliação. Resulta, pois, a transação, nesse caso, da conciliação.

¹⁶ Esta poderá ser extrajudicial ou judicial. A extrajudicial será realizada por um terceiro que, necessariamente, não necessita ter conhecimentos jurídicos. Quando realizada judicialmente, deverá ser realizada também por um terceiro, no caso, por um auxiliar da justiça, conforme se defenderá adiante.

¹⁷ Mozart Victor Russomano, no âmbito do direito do trabalho, a respeito dessa diferenciação, assim se manifesta: “A *conciliação* distingue-se da *transação* e da *mediação*. A semelhança que possa existir entre a conciliação e a transação não as identifica. Na transação, atuam as vontades das partes; na conciliação, como diz Villarreal, interfere a vontade do Estado, representado pelo juiz que a propõe aos litigantes. Dessa forma, enquanto a transação é medida espontânea e voluntária, a conciliação é proposta, obrigatoriamente, a todos quantos comparecerem perante a Justiça do Trabalho, sendo sugerida pelos representantes do Estado. Por outro lado, enquanto a mediação pode ser espontânea ou provocada, a conciliação será, sempre, obtida mediante certos atos judiciais, como a interposição da demanda – diz ainda Villarreal. Aponta, também, Carnelutti uma diferença entre a conciliação e a mediação com base na finalidade a que ambas se destinam, relativamente à idéia da justiça. Aquela tende a uma composição justa; esta se limita a resolver a controvérsia” (*Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 5. ed. rev. acrescida e ampl. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960. v. 5, p. 1463-1464).

conciliação é atividade do juiz.¹⁸ E por que essa é atividade do juiz? Porque “Essa função conciliadora, exercida pelo juiz, é de vital importância para a presteza e rapidez na entrega da prestação jurisdicional. Sendo o juiz figura imparcial na relação jurídica processual, equidistante das partes, tem toda condição, com sua autoridade, de fazer-se mediador entre as partes. Quando os ânimos dos litigantes estão acirrados e, aliado isto ao fato de seus procuradores, como é curial, serem parciais na defesa dos interesses de seus constituintes, fica difícil a conciliação por iniciativa das partes. O juiz, com sua serenidade e autoridade, pode propor a conciliação, que deverá ser recebida com naturalidade pelas partes interessadas”.¹⁹

Sérgio Bermudes²⁰ sustenta que “A tentativa de conciliação [...] de maior eficácia é a presença das partes diante do magistrado, que respeitam e cuja exortação será fator positivo no sentido do acordo”. A importante função de dirimir lides cabe ao Poder Judiciário. Não é à toa que o Estado chamou a si o monopólio da prestação jurisdicional, e esse mister é atribuído ao juiz, donde se conclui, com Giuseppe Chiovenda,²¹ “que tanto maior é a probabilidade de êxito da conciliação quanto maior é a autoridade da pessoa que a tenta”.

A autoridade do juiz não pode ser confundida com arbitrariedade. O juiz, no exercício de suas funções, deve manter-se imparcial, equilibrado, moderado, bus-

¹⁸ J. E. Carreira Alvim, tratando dos *conciliadores privados e atividade jurisdicional*, afirma: “A mim me parece que, antes que a lei disponha a respeito, conciliação continua sendo ato jurisdicional e, portanto, atribuição do juiz, que não pode delegá-la a outrem, ainda que serventário da justiça” (*Código de processo civil reformado*, 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 46). A conciliação tanto é ato do juiz, que Marcos Afonso Borges a conceitua como “[...] meio através do qual, no processo, as partes encerram a lide, mediante provocação do juiz” (Conciliação II. In: LIMONGI FRANÇA, R. (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 113-114). José Celso de Mello Filho também afirma que a “[...] tentativa de conciliação, que constitui ato privativo do juiz, deverá realizar-se antes de iniciada a instrução” (Apontamentos sobre o novo código de processo civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 474, p. 238, abr./ 1975).

¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson *Atualidades sobre o processo civil: a reforma do código de processo civil brasileiro* de dezembro de 1994. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 33-34.

²⁰ BERMUDES, Sérgio. *A reforma do código de processo civil: observações às leis 8.950, 8.951, 8.952, 8.953 de 13 de dezembro de 1994*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 22.

²¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil: a relação processual ordinária de cognição, as relações processuais*. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2, p. 24. No mesmo sentido: BUZAID, Alfredo. *Rui Barbosa processualista civil e outros estudos*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 8-9.

cando aparar as arestas, não podendo, a pretexto algum, causar situação de desconforto para as partes.²²

Ademais, conforme observa Adolfo Schönke,²³ a conciliação tem uma função de profilaxia processual, caracterizando-se como um ato de jurisdição voluntária. Esse autor utiliza-se de termo da *medicina*, onde a profilaxia deve ser entendida como emprego de meios para evitar doenças. Percebe-se, claramente, que seria meio de evitar um mal. Mas, e no processo, o que seria essa profilaxia? O que seria esse mal? Crê-se que essa profilaxia, no curso da relação jurídica processual, também seria um meio para evitar os inúmeros atos processuais desnecessários, a morosidade processual e, conseqüentemente, a sentença de mérito propriamente dita, pois, caso a conciliação venha a ter êxito, haverá tão-somente uma sentença homologatória (sentença de mérito por equiparação). Nesse sentido, poder-se-ia dizer que essa forma de extinguir o processo seria anormal, pois o processo se extingue, ou pelo menos deveria extinguir-se, normalmente pela sentença de mérito propriamente dita. Na hipótese, então, de as partes conciliarem-se, é de se observar que, nesse caso, não haveria necessidade de se produzir provas, havendo, portanto, uma compactação do procedimento. De conseqüência, haverá redução do custo do processo, além de a prestação jurisdicional ser atingida de forma mais célere.

Já Arruda Alvim,²⁴ afirma que a conciliação é um momento, dentro da audiência de instrução e julgamento, no qual o juiz procurará fazer com que as partes transacionem, advertindo, ainda, que nessa oportunidade pode ter lugar, em vez

²² “[...] A interferência do juiz não deve ser coativa. É preferível, para a sociedade, a continuação da demanda do que a violação, pelo órgão judiciário, da independência da vontade das partes, pois isto só servirá para trazer o descrédito da Justiça’. Convém ter sempre presente a nortear-lhe os passos que o objetivo primordial da tentativa não é insistência imoderada e irritante, mas o esclarecimento às partes, a enumeração e discussão das vantagens que a imediata solução do caso encerra. O juiz não cumpre sua missão ou dever funcional só pelo fato de apresentá-la. Deve corporificar uma solução, embasada numa argumentação equilibrada e equitativa, capaz de convencer e de restaurar nos ânimos acirrados a paz perdida. Não deve ser insistente nem intransigente para que sua inadequada atuação não constranja os litigantes a aceitarem ajuste divorciado de suas íntimas aspirações e de seus legítimos interesses: o direito em litígio pertence aos demandantes, não ao juiz. Inexistem caminhos ou regras a seguir, a melhor disciplina é a intuição, o respeito à autodeterminação das partes, o conhecimento dos fatos, a experiência e o seu livre convencimento que ditarão a norma correta para o caso concreto que lhe é apresentado” (LIMA, Domingos Sávio Brandão. Conciliação I. In: LIMONGI FRANÇA, R. (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 113).

²³ SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*. Traducción española de la quinta ed. Alemana. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1950, p. 13.

²⁴ ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Manual de direito processual civil*: parte geral. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, v. 2, p. 604.

da transação, o reconhecimento jurídico do pedido (*rectius*, pretensão) ou a *desistência da ação*.

Conforme se depreende da lição de Piero Calamandrei,²⁵ a conciliação consiste em se interpor um *juiz conciliador*, com caráter de pacificador, entre as partes e com o fim de compor as controvérsias entre elas surgidas, ou que estejam para surgir, visando facilitá-la ou estimulá-la. Segundo esse jurista, trata-se de um meio de definir as lides de maneira mais cômoda e econômica.

3.2 NATUREZA JURÍDICA

A *conciliação* nunca é jurisdição,²⁶ com esta não se confundindo. Na jurisdição, a solução do conflito é imposta por ato de terceiro; no caso, do Estado-juiz. Há, nesse caso, decisão, julgamento, enfim, pronunciamento judicial. Na conciliação, ao revés, não obstante a presença de terceiro,²⁷ que não será necessariamente o Estado-juiz, ou um representante deste, a solução depende da *vontade* dos sujeitos envolvidos na controvérsia. Daí resultar a sua natureza “contratual” híbrida, pois se trata de meio de solução, mas por vontade das próprias partes, no âmbito do processo.

Conforme ensina Vicente Greco Filho,²⁸ trata-se de *negócio jurídico processual* diretamente entre as partes, e que importa em transação. A conciliação é ato jurídico, ato jurídico processual, ou, mais precisamente, “ato jurídico processual complexo”. Afinal, depende da participação do juiz, de sua homologação, embora seus efeitos substanciais decorram das regras e dos princípios que regem os contratos. Ademais, a conciliação não importa transação, como entende o professor Vicente Greco Filho, eis que daquela resulta esta. Ou seja, a transação é consequência da conciliação. Com efeito, pode-se afirmar que a conciliação, em relação à transação, é uma atividade meio.

3.3 CLASSIFICAÇÃO

²⁵ CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução: Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999, p. 160.

²⁶ RUPRECHT, Alfredo. *Conflitos coletivos de trabalho*. Tradução: José Luiz Ferreira Prunes. São Paulo: LTr, [s.d.], p. 201.

²⁷ Observe-se que esse terceiro simplesmente presta uma ajuda às partes, a fim de que estas possam se entender por sua própria vontade.

²⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*: atos processuais a recursos e processos nos tribunais. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2, p. 232.

Os autores apresentam várias classificações acerca da conciliação. Antonio Carlos de Araújo Cintra et al.,²⁹ por exemplo, cogitam de conciliação *extraprocessual* e *endoprocessual*.

Mas, a respeito, a doutrina não é uniforme. Walter Ceneviva,³⁰ após afirmar que a confusão terminológica está presente na conciliação, enuncia a seguinte classificação: a) sob o ponto de vista da intervenção do órgão estatal, a conciliação pode ser *facultativa*³¹ ou *obrigatória*³²; b) conciliação *preventiva*³³ ou *constitutiva*³⁴ (também chamada de *sucessiva*); c) *conciliação judicial*³⁵ ou *extrajudicial*³⁶; e d) conciliação *judiciária* ou *jurisdicionalista*.³⁷

José Montenegro Baca³⁸, tomando como critério o momento da realização das tentativas conciliatórias, fala em *pré, intra e pós-processual*.

Wagner D. Giglio³⁹ aduz este rol: a) quanto à oportunidade: em *prévia* ou *processual*; b) quanto à iniciativa: em *espontânea* ou *provocada*; c) quanto à obrigatoriedade: em *obrigatória* ou *facultativa*, podendo esta ser *regulamentada* ou *não-regulamentada*; d) quanto ao momento de sua formulação: em *inicial* ou *final*.

A despeito de posições em contrário, para nós, segundo o Código de Processo Civil, a conciliação seria somente *endoprocessual*, pois ela, na forma como vem posta, é sempre ato do juiz. E este, no aspecto jurisdicional, somente exerce suas funções no processo, pelo que não se poderia falar em *conciliação extrajudicial*. O que a doutrina entende como *conciliação extrajudicial* trata-se da *mediação*.

²⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo et al. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 28.

³⁰ CENEVIVA, Walter. Conciliação no processo civil brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (Coord.). *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 377-378.

³¹ A iniciativa é das partes, que o juiz recebe, para homologar.

³² O juiz tem a obrigação de a propor, havendo nulidade do processo se tal providência for omitida.

³³ Ocorre antes de instaurada a lide, com renúncia à demanda. A preventiva também é entendida se adotada pela parte antes de iniciado o processo.

³⁴ Ocorre depois da instauração da lide, pois é esse o efeito da sentença que a homologa. Também é chamada de sucessiva se for adotada pelas partes depois de iniciado o processo.

³⁵ Verifica se sua eficácia depende de homologação em juízo.

³⁶ Ocorre por contrato público ou particular entre as partes, em feição próxima da transação.

³⁷ Ocorre no curso do exercício pleno da jurisdição, ou *administrativamente*, quando, mesmo atuada pelo juiz, é cumprida por este no exercício de função administrativa, reguladora de interesses privados, para resguardar sua aptidão de produzir efeitos jurídicos e afirmar sua segurança. Surge como atividade própria do Estado, mas seu caráter é distinto do exercício jurisdicional tipicamente contencioso.

³⁸ BACA, José Montenegro. *La conciliación en el derecho del trabajo*. Tese publicada nos Anais do Congresso Internacional de Direito do Trabalho. México, jul./1980, p. 1097 a 1100.

³⁹ GIGLIO, Wagner D. *A conciliação nos dissídios individuais do trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 75.

Já nos microssistemas – Juizado Especial Cível – acredita-se, também, que a conciliação seria sempre *endoprocessual*, muito embora, aqui, diferentemente do que ocorre no Código de Processo Civil, a mesma possa ser tentada por outras pessoas, os chamados *Auxiliares da Justiça*, que não o juiz legalmente investido nas funções jurisdicionais. Seria o caso de atuação dos *conciliadores*, de que trata o art. 7º⁴⁰, da Lei Federal 9.099/95. Mas, essa é uma exceção que a própria lei abre.

Muito embora a doutrina afirme de forma abundante em *conciliação extrajudicial*, pensa-se que, no caso, não se está diante do instituto da conciliação, mas, sim, frente ao instituto da *mediação*. Reserva-se, assim, o termo *mediação* para a tentativa da solução do conflito de interesses quando esta ocorrer de forma pré-processual.

Para nós, portanto, pensa-se que quando se tratar de tentativa de solução de conflito de interesses antes da existência de um processo, na fase pré-processual (extraprocessual), está-se diante da *mediação*. Ao revés, quando a tentativa de solução da lide ocorrer dentro do processo (endoprocessual) está-se diante da *conciliação*.

3.4 MOMENTOS DA TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO NO PROCESSO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA

Pela Lei n. 968/49, antes mesmo de ajuizada a petição inicial, devem as partes comparecer perante o juiz para a fase de tentativa de conciliação.⁴¹ Só não logrando essa na conciliação, é que o juiz mandará *distribuir, autuar e registrar a petição inicial*, prosseguindo-se o processo conforme dispuser a legislação processual.

Hoje, com o advento da Lei n. 8.952, de 13.12.1994, que introduziu o inc. IV ao art. 125⁴² do CPC/73, permitiu-se ao juiz que dirige o processo, tentar, a qualquer momento, conciliar as partes.

⁴⁰ “Art. 7º. Os conciliadores e juízes são auxiliares da Justiça, recrutados, os primeiros, preferentemente, entre os bacharéis em Direito, e os segundos, entre advogados com mais de 5 (cinco) anos de experiência”.

⁴¹ Conforme decidiu o TJSC, “Na separação judicial deve ser marcada a audiência de conciliação, consoante o art. 1º da Lei 968/9” (in RT 570/200). Theotônio Negrão, em nota ao art. 3º da Lei do Divórcio, precisamente a nota 6, sustenta que “As providências previstas neste § (refere-se ao § 2º do art. 3º da LDi) e no seguinte devem ser tomadas pelo juiz “antes de despachada a inicial”, como diz o art. 1º da Lei 968, de 10.12.49 (...), que, neste passo, continua em vigor (...)”. (*Código de processo civil e legislação processual em vigor / organização, seleção e notas de Theotônio Negrão; com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa*, 30. ed. atual. até 5 de janeiro de 1999, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 1153).

⁴² “Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: (...) IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”.

Também por ocasião da *audiência preliminar*⁴³, precisamente no art. 331⁴⁴ do CPC/73, criou-se uma oportunidade para a *transação*. Não se deve olvidar, como já afirmado, anteriormente, que o resultado da conciliação é, justamente, a transação.

E, finalmente, por ocasião da *audiência de instrução e julgamento*, quando da oportunidade do art. 447 e seu parágrafo único⁴⁵ do CPC/73, novamente possibilitou a *conciliação*, sendo que no seu parágrafo único, previu de maneira expressa, para as *causas relativas à família*, a *tentativa de conciliação*, com a finalidade de obter a transação.

Como se pode observar, o legislador sempre esteve atento a autocomposição nas causas de família, particularmente na separação judicial litigiosa. E isso, ainda, sem desprezar o art. 342⁴⁶ do CPC/73, que permite ao juiz, a qualquer tempo, determinar o comparecimento das partes à sua presença. Evidente que esse poder é no sentido de possibilitar ao máximo a tentativa de conciliação.

3.5 COTEJO COM A RECONCILIAÇÃO

A *reconciliação* não se confunde com a *conciliação*. A reconciliação tem por finalidade que os cônjuges que estão se separando reflitam sobre a separação e venha evitar esta. Também é cabível a *reconciliação* mesmo que a separação judicial já tenha sido decretada, situação esta que vem contemplada no art. 46⁴⁷ e parágrafo único da Lei do Divórcio.

Ao juiz não é permitido simplesmente ir determinando a separação pleiteada por uma das partes, no caso de pedido de separação judicial litigiosa. A lei do divórcio

⁴³ Nomenclatura conferida pela **Lei n. 10.444, de 7.5.2002**.

⁴⁴ “**Art. 331.** Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. § 1º. Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. § 3º. Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º”.

⁴⁵ “**Art. 447.** Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento. Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação”.

⁴⁶ “**Art. 342.** O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa”.

⁴⁷ “**Art. 46.** Seja qual for a causa da separação judicial, e o modo como esta se faça, é permitido aos cônjuges restabelecer a todo o tempo a sociedade conjugal, nos termos sem que fora constituída, contanto que o façam mediante requerimento nos autos da ação de separação. Parágrafo único. A reconciliação em nada prejudicará os direitos de terceiros, adquiridos antes e durante a separação, seja qual for o regime de bens”.

(Lei n. 6.515/77) não (lei) permite tal postura.⁴⁸ Sempre deverá ele tentar, junto as partes, para que estas se reconciliem, ou seja, voltem ao lar, dando continuidade na vida de casado. Dessa postura não se afastou o legislador do Código Civil de 2002, porquanto valorizou a *reconciliação*, mesmo que a separação judicial já tenha sido decretada por sentença, o que pode ser visto no art. 1577⁴⁹ e seu parágrafo único. Todavia, importante, como ensina Áurea Pimentel Pereira⁵⁰, “(...) lembrar que, só quando a hipótese for de separação judicial, e não de divórcio, a reconciliação será possível, sabido que a sentença que decreta a separação judicial não põe fim a vínculo matrimonial – como acontece com o divórcio – tão-somente dissolvendo a sociedade conjugal, que assim poderá ser recomposta”.

Nessa fase de reconciliação, nessa tentativa, o juiz deverá ouvir os cônjuges que estão se separando, isoladamente, a fim de observar se há alguma possibilidade de *reconciliação*, ou se os mesmos ainda continuam no firme propósito inicial, qual seja, de por fim a sociedade conjugal. Observe-se que, pela nossa legislação, essa função – *tentativa de reconciliação* – é do juiz e de ninguém mais, porquanto constitui um *dever seu*.⁵¹ Portanto, totalmente equivocado o entendimento que essa função possa ser exercida por um seu auxiliar – *Escrivão* –, ou até mesmo pelo representante do Ministério Público. Não obstante isso, na prática tem se presenciado, não de forma geral, essas incoerências e, para piorar, o próprio Ministério Público que, nesses casos, deveria funcionar como um verdadeiro *fiscal da lei*⁵² tem se submetido a esse desvirtuamento.

⁴⁸ “Art. 3º. (...) § 2º. O juiz deverá promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário”.

⁴⁹ “Art. 1.577. Seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo. Parágrafo único. A reconciliação em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido antes e durante o estado de separado, seja qual for o regime de bens”.

⁵⁰ *Divórcio e separação judicial no novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 91.

⁵¹ Ainda mais hoje com o advento do inc. IV, do art. 125, do CPC73.

⁵² Aliás, o Superior Tribunal de Justiça, órgão de cúpula do Poder Judiciário Nacional, por unanimidade de votos, em processo de separação judicial, que se presenciou a conversão em separação judicial consensual, entendeu que o não comparecimento do Ministério Público viola o *princípio do devido processo legal*, porquanto fere o art. 1122 do Código de Processo Civil, dispositivo esse que exige a participação do *Parquet* quando se verifica o acordo no curso do procedimento. Esse é o entendimento no STJ: “O processo, como instrumento da jurisdição, orienta-se sobretudo por princípios, dentre os quais os da finalidade e da ausência de prejuízo. Em nome da segurança jurídica, porém, o princípio maior do “due process of law” reclama observância do procedimento regulado em lei, não sendo dado ao Judiciário tomar liberdades com ele inadmissíveis. Subverte o sistema processual e sujeita-se à invalidade o procedimento judicial que não enseja ao “Parquet” manifestar-se no momento previsto no § 1º do art. 1122 do Código de Processo Civil, ainda que tenha a separação sido convertida em consensual na audiência à qual ele não compareceu, embora intimado”. (Processo REsp 90279/MG; Recurso Especial 1996/0015626-3, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Órgão Julgador T4 - Quarta Turma, data do julgamento 25/06/1998, data da publicação/fonte DJ 21.09.1998, p. 166).

Nesse momento – *da tentativa de reconciliação* –, se o magistrado sentir qualquer comportamento de uma das partes, no sentido de dúvida, de vacilo, demonstrando uma conduta passageira, deverá sobrestar o curso do procedimento, porque ainda não é o momento para dar continuidade na relação jurídica processual. Para tanto, deverá marcar nova audiência, com período de tempo a possibilitar as partes refletirem sobre a separação. Aqui se torna necessário um período de maturação.

Observe-se que esse momento para reconciliação é um momento para evitar separações precipitadas, não refletidas. Aliás, se observar o que dispõe o art. 226 da CF/88, conclui-se que é dever do Estado tutelar a família. Assim, antes de ir decidindo e pondo fim a sociedade conjugal, deve, oportunizar, primeiramente, a reconciliação entre as partes. É interesse do Estado manter a família, pois esta é a base da sociedade.

Verificando, então, o Magistrado que as partes não se encontram preparadas para uma decisão de relevo em suas vidas, que é a de por fim a sociedade conjugal, uma reflexão maior é aconselhável, devendo, com efeito, ser dado a elas mais alguns dias para se posicionarem acerca do que realmente desejam. Para tanto, *nova audiência* deverá ser designada pelo juiz, para, aí sim, após auscultá-las, verificar se é o caso de homologar ou não o pedido de separação judicial formulado pelos cônjuges que estão se separando. Se os cônjuges ainda mantiverem o firme propósito de se separarem, se o pedido for de uma separação judicial consensual, o juiz deverá homologá-la, presentes os requisitos para tanto, e, acaso se trate de separação judicial litigiosa, persistindo os cônjuges com a intenção de por fim a sociedade conjugal, deverá o juiz, nesse caso, tentar que a separação judicial litigiosa seja convertida em separação judicial consensual, ou seja, que a *tentativa de conciliação* seja no sentido da separação seguir o procedimento da separação judicial consensual. Observe-se que a *tentativa de reconciliação* tanto tem cabimento na *separação judicial consensual*, quanto na *separação judicial litigiosa*.

3.6 PRESENÇA E PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO NA FASE DE RECONCILIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Na separação judicial, como deixa claro o § 2º, do art. 3º, da Lei do Divórcio, “o juiz deverá promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário”. Esse ato – *tentativa de reconciliação* –, como já afirmado, é do juiz e, nesse momento, ele deverá ouvir os cônjuges, separada e pessoalmente, podendo, se entender necessário, ouvi-los

de forma conjunta. Até esse momento, a presença do advogado não é exigência imperativa, embora, na prática, muitos magistrados têm permitido essa participação. Acontece que, no momento dessas tratativas, um dos cônjuges, ou ambos, poderão solicitar a presença de seu advogado, quando, então, essa participação é permitida. É que nesse momento, essa presença pode tornar importante e indispensável quando a separação judicial litigiosa convolar-se em separação judicial consensual, já que poderia implicar na orientação de certas questões – *guarda dos filhos, pensão, partilha de bens* e etc. –, o mesmo não ocorrendo, todavia, quando da tentativa de reconciliação houver logrado êxito, pois, acredita-se, que nesse caso, a harmonia voltou a reinar no lar conjugal.

Não se deve, também, perder de vista o que dispõe o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu art. 2º, parágrafo único, inciso VI⁵³. Como se percebe, o advogado pode ser pessoa importante nesse momento processual, pois poderá contribuir com o órgão judiciário na entrega da prestação judiciária, alcançando o processo o seu resultado máximo, que é a pacificação social. O advogado, sendo indispensável na administração da justiça, é elemento importante e deve lutar sempre para que a justiça seja realizada, e não exercer uma atividade a intensificar os conflitos de interesses. Por isso, a sua presença, nesses momentos, é de extrema importância.

3.7 VANTAGENS DA CONCILIAÇÃO NESSAS AÇÕES

No conflito de interesses, o que hoje se busca (além dos demais escopos do processo), é a pacificação social, objetivo de maior relevância. E não resta dúvida que essa meta (*pacificação social*) na conciliação – se comparada ao processo, no qual a decisão do juiz é autoritativa – também conduz à composição inteira da lide sociológica, e não apenas à solução da parcela da lide levada à justiça convencional.⁵⁴ A conciliação, assim, traz a vantagem de possibilitar a solução do conflito de forma mais abrangente. Aliás, dentro desse contexto, oportunas as palavras João Batista Lopes, a saber: “[...] admite-se, agora, que as partes celebrem transação em extensão maior que o objeto litigioso ou diferente dele (v.g.

⁵³ “Art. 2º. O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinado a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce. Parágrafo único. São deveres do advogado: (...) VI – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;”.

⁵⁴ Cf., a propósito, GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do Poder Judiciário. In: *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 23.

acordo para desocupação de imóvel em ação revisional de aluguel)”.⁵⁵ Além do mais, na *conciliação* verifica-se a *valorização do elemento social*.

A conciliação apresenta as seguintes vantagens⁵⁶: a) mecanismo de agilização da solução dos conflitos; b) quase ausência de custo para as partes; c) solução não-adversarial: método favorável a ambos os litigantes; e d) escopo de pacificação com possibilidade de convivência futura entre os litigantes.

4. A CONCILIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA (SEPARAÇÃO, DIVÓRCIO E ALIMENTOS)

A conciliação, no âmbito do Direito de Família, não se limita a separação judicial e ao divórcio. Em matéria de *Direito de Família*, como já afirmado, por via da Lei n. 968, de 10 de dezembro de 1949, estabeleceu-se a *fase preliminar de conciliação* ou de acordo nas causas de “desquite litigioso” ou de alimentos, inclusive os provisionais.⁵⁷ A Lei do Divórcio (Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977) também procurou disciplinar a *conciliação* nos processos de separação judicial, conforme se vê dos §§ 2º e 3º, do art. 3º.⁵⁸ Em se tratando de *separação judicial litigiosa*, que deverá ser processada pelo *procedimento comum ordinário*, o legislador também previu a fase conciliatória, precisamente no parágrafo único do art. 447⁵⁹ do Código de Processo Civil. Ainda nesse contexto – *ação de separação litigiosa* –, não se pode deixar de mencionar a modalidade de conciliação prevista no art. 1123 daquele “Codex”. Segundo esse cânon, é “[...] lícito às partes, a qualquer tempo, no curso da separação judicial, lhe requererem a con-

⁵⁵ LOPES, João Batista. Depois da reforma. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 1, p. 43, jan./abril 1996. Vide, também, o que estabelece o art. 584, inciso III, do CPC.

⁵⁶ Sobre as *vantagens da conciliação*, consulte RUIZ, Ivan Aparecido, na tese intitulada ESTUDO SOBRE MEDIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO: NATUREZA JURÍDICA E OUTROS ASPECTOS FUNDAMENTAIS, Parte II MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE INTERESSES, defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

⁵⁷ Observe-se que essa lei faz referência à *reconciliação*. No entanto, há que se registrar que *conciliação* e *reconciliação* não significam a mesma coisa. Ademais, como adverte Athos Gusmão Carneiro: “A ‘reconciliação’ é uma renúncia do autor à pretensão [...]” (*A conciliação no novo código de processo civil*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 471, p. 25, jan./1975).

⁵⁸ “Art. 3º. [...] § 2º O juiz deverá promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário. § 3º Após a fase prevista no parágrafo anterior, se os cônjuges pedirem, os advogados deverão ser chamados a assistir os entendimentos e deles participar.”

⁵⁹ “Art. 447. [...] Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.”

versão em separação consensual; caso em que será observado o disposto no art. 1121 e a primeira parte do § 1º do artigo antecedente”.

No entanto, em matéria de família, precisamente em matéria referente a *alimentos* (Lei n. 5478, de 25 de julho de 1968), também previu o legislador a oportunidade para a *conciliação*, no art. 9º e §§.⁶⁰

Numa inolvidável homenagem à providência denominada “tentativa da conciliação”, concebida e estimulada como modo de atender o princípio da economia processual, tornando o processo abreviado e, sobretudo, numa atividade apaziguadora de composição de lides, o legislador ordinário foi deliberadamente preciso quanto à sua efetiva implementação.

Assim, por via da Lei n. 5.478/68, art. 9º, *caput*, o legislador fez questão de, reproduzindo a sistemática geral, estabelecer: “Aberta a audiência, lida a petição, ou o termo, e a resposta, se houver, ou dispensada a leitura, o juiz ouvirá as partes litigantes e o representante do Ministério Público, propondo a conciliação”.

Como se não bastasse, instituiu novo momento conciliatório, a ser posto em prática depois mesmo da instrução probatória e dos arrazoados finais. Nessa esteira, estabeleceu no parágrafo único, art. 11, da Lei de Alimentos: “Terminada a instrução poderão as partes e o Ministério Público aduzir alegações finais, em prazo não excedente a 10 (dez) minutos para cada um. Em seguida, o juiz renovará a proposta de conciliação e, não sendo aceita, ditará a sentença, que conterà sucinto relatório do ocorrido na audiência”.

Ora, se essa providência amigável e pacificadora é bem-vinda nos mais diversos processos e em seu mais variados procedimentos, muito mais o será nas demandas alimentares, nas quais seu objeto enuncia interesses socialmente relevante. Alias, é bom registrar que está se tratando com o bem maior, que é a vida. Alimento é vida. E todos os operadores do Direito, que atuam nesse importante ramo do Direito, que é o Direito de Família, têm consciência das particularidades das lides aí instauradas, devem saber que quanto a elas a via mais adequada e recomendável é a da reconciliação e da conciliação, que tem a magia de poupar as partes, seja emocionalmente, seja economicamente. Infelizmente, embora essa devesse ser a tônica do operador do Direito, nem todos atentam para essa constatação, e por vezes encaminham o processo a caminhos outros, preocupa-

⁶⁰ “Art. 9º Aberta a audiência, lida a petição, ou o termo, e a resposta, se houver, ou dispensada a leitura, o juiz ouvirá as partes litigantes e o representante do Ministério Público, propondo a conciliação. § 1º Se houver acordo, lavrar-se-á o respectivo termo, que será assinado pelo juiz, escrivão, partes e representantes do Ministério Público. § 2º Não havendo acordo, o juiz tomará o depoimento pessoal das partes e das testemunhas, ouvidos os peritos se houver, podendo julgar o feito sem a mencionada produção de provas, se as partes concordarem.”

dos, tão somente, com o lado puramente patrimonial, ou seja, com os seus honorários, relegando, por completo, a via autocompositiva, ainda que isso possa trazer grandes dissabores para as partes e seus familiares.

Contudo, o legislador não se descurou dessa realidade, impondo, não só uma, mas várias oportunidades para eventual conciliação. Aqui, pensa-se que também a reconciliação deve ser sempre tentada.

É necessária a conscientização e uma mudança de postura por partes dos operadores do Direito, mormente aqueles que exercem suas funções e atividades no âmbito do Direito de Família.

5. PROJETO DE LEI N. 4725-04 (SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO CONSENSUAL POR ESCRITURA PÚBLICA)

Recentemente, houve a divulgação do Projeto de Lei n. 4725/2004. Esse Projeto de Lei foi encaminhado ao Congresso Nacional, por intermédio da Mensagem n. 183, de 19 de novembro de 2004. O teor da Mensagem e o Projeto de Lei n. 4725/2004 podem ser visto no Anexo I, que integra o presente texto.

No item 4, da Mensagem, ficou consignado que “A proposta prevê a possibilidade de realização de inventário e partilha por escritura pública, nos casos em que somente existam interessados capazes e concordes. Dispõe, ainda, a faculdade de adoção do procedimento citado em casos de separação consensual e de divórcio consensual, quando não houver filhos menores do casal”. E de acordo com a nova redação dada pelo referido Projeto de Lei ao art. 1124-A, do Código de Processo Civil, a separação consensual e o divórcio consensual, diante de determinadas circunstâncias, poderão ser celebrados por intermédio de Escritura Pública. O texto do art. 1124-A e seus §§ têm a seguinte redação: “Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo dos cônjuges quanto à retomada pela mulher de seu nome de solteira ou à manutenção do nome adotado quando do casamento. § 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis. § 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum, ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. § 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da Lei.” (NR)”.

Para o presente estudo interessa, de forma particular, esse dispositivo legal, que institui, entre nós, a *separação consensual* e o *divórcio consensual*, por in-

termédio da *Escritura Pública*, desde que não haja filhos menores ou incapazes do casal.

No Brasil, as demandas do Direito de Família – *separação judicial consensual*, *separação judicial litigiosa*, *divórcio consensual* e *divórcio litigioso*, dentre outras – sempre foram processadas e julgadas perante o Poder Judiciário. Trata-se de casos de *jurisdição necessária*, o que significa dizer que, nessas hipóteses, mesmo que as partes estejam de acordo, não pode for fim ao litígio a não ser na presença do Estado-juiz. Nesses casos, *o controle jurisdicional é indispensável*. É o monopólio da jurisdição na sua forma mais pura. Assim, como ensina doutrina de escol, “Em certas matérias não se admitem exceções (...), nem é, (...) permitida a autocomposição (...). É o que sucede de modo absoluto em matéria criminal (ordem jurídica brasileira vigente) e quanto a algumas situações regidas pelo direito privado (anulação de casamento, suspensão e perda de pátrio poder etc.). Em casos assim, o processo é o único meio de obter a efetivação das situações ditadas pelo direito material (imposição da pena, dissolução do vínculo etc.)”⁶¹.

Contudo, verifica-se que esse *controle jurisdicional indispensável* já vem sendo relativizado, como se percebe do art. 98, inc. I⁶², da CRF/88, e da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências) precisamente em seus arts. 1^{o63}, 2^{o64}, 60^{o65} e 61^{o66}. Como se observa, até mesmo em matéria criminal, dentro de certos balizamentos, se percebe a possibilidade de *conciliação* e *transação*. Pensa-se que o conceito de jurisdição deva ser revisto. Não se pode mais, hoje, pensar no mesmo conceito de jurisdição, como era visto no passado. Esse instituto fundamental do direito processual civil deve ser revisitado.

A proposta do Projeto de Lei n. 4725/2004, ao que se constata, não é diferente, ou seja, prevê uma abertura no sistema jurídico no sentido de se permitir que a separação e o divórcio consensual sejam celebrados por Escritura Pública. Seria caso de jurisdição voluntária? Fica a pergunta.

Aliás, essa postura já defendíamos há algum tempo⁶⁷:

(...), crê-se também que é ora de se pensar a respeito da *jurisdição necessária* nas hipóteses de *separação judicial consensual* e *divórcio consensual*. Acredita-se não ser necessário ter que se submeter tal questão à apreciação do juiz estatal. Se as partes, com o auxílio do mediador, chegaram a um acordo, acredita-se perfeitamente na possibilidade de se documentar tal ato perante o próprio mediador, remetendo o termo de mediação ao cartório competente para os registros e averbações necessárias. Isso implicaria, de plano, em diminuição de despesa para o Estado e, também, de processos que tramitam perante o Poder Ju-

diciário, que se convenha, faria melhor em manter-se fora de tais questões tão íntimas.

Aliás, vale a pena destacar os ensinamentos de Alfredo de Araújo Lopes da Costa, quando escreve sobre *os órgãos públicos da jurisdição voluntária*:

33. – Os feitos da chamada jurisdição voluntária estão distribuídos entre autoridades administrativas e autoridades judiciárias, sem embargo de sua natureza permanecer a mesma – administrativa.

O critério de distribuição é mais político do que jurídico. A prova está em que, por exemplo, em algumas legislações, como a do México, o expediente do desquite amigável corre perante o oficial do Registro civil enquanto em outras, como a nossa, a competência é de juiz.

Aliás, hoje, não de forma adequada, já que ao arrepio da lei, tem se presenciado a prática de atos processuais nas separações judiciais consensuais e divórcio consensual realizados pelo próprio Escrivão, ou até mesmo na presença do Ministério Público, sem a presença e interferência do Juiz. O escrivão e ou o Ministério Público documentam todos os atos processuais e o juiz, na grande maioria das vezes, se limita a assinar a sentença homologatória, inclusive já digitada pelo Escrivão. Portanto, se a *práxis forense* não vem dando a devida atenção a esse procedimento previsto na lei e, ainda, por se tratar o ato de separação ou divórcio já decidido pelas partes, não se vê mesmo a necessidade na manutenção do desenvolvimento desses processos perante o órgão jurisdicional. Aliás, não se entende o motivo de, ainda, persistir tais tipos de processos com seu desenvolvimento perante o órgão jurisdicional, pois isso só toma tempo, sem dizer dos custos para as partes. Na verdade, não se vê utilidade prática do desenvolvimento desses processos perante o Poder Judiciário, a não ser na rara hipótese dos interesses dos cartorários e varas na cobrança de custas judiciais.

6. CONCLUSÕES

A reconciliação e a conciliação, embora descendam do mesmo tronco – autocomposição -, não se confundem.

A reconciliação e a conciliação, como métodos autocompositivos, devem ser incentivadas no sistema jurídico processual, mormente no âmbito do Direito de Família, nos casos separação, divórcio, alimentos e guarda.

A reconciliação e a conciliação, não obstante os momentos processuais previstos na legislação, entende-se, deve ser tentada a qualquer momento no curso do procedimento.

Se as partes chegaram a um acordo, quanto ao término da sociedade conjugal e do casamento, acredita-se ser perfeitamente possível a documentação de tal ato perante o tabelião, bem como os registros e averbações necessárias no registro competentes, independentemente da intervenção do Estado-juiz.

7 .ANEXO I

“EM No 183

Brasília, 19 de novembro de 2004.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Submeto à consideração de Vossa Excelência o anexo projeto de lei que “Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa”.

2. Sob a perspectiva das diretrizes estabelecidas para a reforma da Justiça faz-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro, com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa.

3. De há muito surgem propostas e sugestões, nos mais variados âmbitos e setores, de reforma do processo civil. Manifestações de entidades representativas, como o Instituto de Direito Processual Brasileiro, a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação dos Juizes Federais do Brasil, de órgãos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do próprio Poder Executivo são acordes em afirmar a necessidade de alteração de dispositivos do Código de Processo Civil e da Lei de Juizados Especiais, para conferir eficiência à tramitação de feitos e evitar a morosidade que atualmente caracteriza a atividade em questão.

4. A proposta prevê a possibilidade de realização de inventário e partilha por escritura pública, nos casos em que somente existam interessados capazes e concordes. Dispõe, ainda, a faculdade de adoção do procedimento citado em casos de separação consensual e de divórcio consensual, quando não houver filhos menores do casal.

5. Entendo não existir nenhum motivo razoável de ordem jurídica, de ordem lógica ou de ordem prática que indique a necessidade de que atos de disposição de bens, realizados entre pessoas capazes - tais como os supracitados, devam ser necessariamente processados em juízo, ainda mais onerando os interessados e agravando o acúmulo de serviço perante as repartições forenses.

6. Estas, Senhor Presidente, as razões que me levam a submeter a anexa proposta ao elevado descortino de Vossa Excelência, acreditando que, se aceita, estará contribuindo para a efetivação das medidas que se fazem necessárias para conferir celeridade aos ritos do processo civil.

Respeitosamente,
MÁRCIO THOMAZ BASTOS
Ministro de Estado da Justiça

PROJETO DE LEI 4725-04

Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Os arts. 982 e 983 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 982. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário.” (NR)

“Art. 983. O processo de inventário e partilha deve ser aberto dentro de sessenta dias a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos doze meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar tais prazos, de ofício ou a requerimento de parte.” (NR)

Art. 2º Ficam acrescidos à Lei no 5.869, de 1973 - Código de Processo Civil, os arts. 982-A e 1.124-A, este último na Seção III do Capítulo III do Livro IV:

“Art. 982-A. O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado comum, ou advogados de cada uma delas, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.” (NR)

“Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo dos cônjuges quanto à retomada pela mulher de seu nome de solteira ou à manutenção do nome adotado quando do casamento.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum, ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da Lei.” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor noventa dias após a data de sua publicação.
Brasília,”

8. REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. *Código de processo civil reformado*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de *et alii*. *Teoria geral do processo*. 9. ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

ARAGONES, Pedro. *Proceso y derecho procesal*. Madrid: Aguilar, 1960.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Manual de direito processual civil: parte geral*. v. 2, 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BERMUDES, Sérgio. *A reforma do código de processo civil: observações às leis 8.950, 8.951, 8.952, 8.953 de 13 de dezembro de 1994*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

BORGES, Marcos Afonso. Conciliação II. In: LIMONGI FRANÇA, R. (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 113-114.

BUZAID, Alfredo. *Rui Barbosa processualista civil e outros estudos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. Tomo 1, 6. ed. rev. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução: Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999.

CARNEIRO, Athon Gusmão. *A conciliação no novo código de processo civil*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 471, p. 25, jan./1975.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. v. 1, 1. ed., Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

CENEVIVA, Walter. Conciliação no processo civil brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 374.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil: a relação processual ordinária de cognição, as relações processuais*. v. 2, Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

GARCÍA, Alonso. *Curso de derecho del trabajo*. 4. ed. Barcelona: 1973.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro: atos processuais a recursos e processos nos tribunais*. v. 2, 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do Poder Judiciário. In: *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

LIMA, Domingos Sávio Brandão. Conciliação I. In: LIMONGI FRANÇA, R. (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 111.

LOPES, João Batista. Depois da reforma. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 1, p. 43, jan./abril 1996.

MELLO FILHO, José Celso de. Apontamentos sobre o novo código de processo civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 474, p. 238, abr./ 1975.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor / organização, seleção e notas de Theotônio Negrão; com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa*, 30. ed. atual. até 5 de janeiro de 1999, São Paulo: Saraiva, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson *Atualidades sobre o processo civil: a reforma do código de processo civil brasileiro de dezembro de 1994*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio e separação judicial no novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RUIZ, Ivan Aparecido, tese intitulada *Estudo sobre Mediação no Direito Brasileiro: Natureza jurídica e outros aspectos fundamentais*, defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

RUPRECHT, Alfredo. *Conflitos coletivos de trabalho*. Tradução: José Luiz Ferreira Prunes. São Paulo: LTr, [s.d.].

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. v. 5, 5. ed. rev. acrescida e ampl. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960.

SCHÖNKE, Adolfo. *Derecho procesal civil*. Traducción española de la quinta ed. Alemana. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1950.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. 1, p. 486-487.

TOSTES MALTA, Cristóvão Piragibe. *Da competência no processo trabalhista*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 66-67.