

DIREITO FORDISTA E CONCILIAÇÃO

Henrique Guelber de Mendonça

Mestrando em Direito Processual na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Índice – 1. Introdução – 2. A Conciliação e o Princípio Constitucional da Tempestividade da Tutela Jurisdicional – 3. Jurisdição, Sentença e Conciliação – 4. O caminho inverso – 5. A Conciliação apoiada nas técnicas da Mediação e da Negociação – 6. Conclusão – 7. Referências.

1. Introdução

“Estão conciliados; tenho mais o que fazer”. O excerto é retirado da célebre comédia teatral *O Juiz de Paz na Roça*, que data de 1838. A simplicidade e a inocência retratadas pela peça de Martins Pena não podem ser trazidas para hoje, pelo menos quando estamos a nos referir aos grandes centros urbanos. Transportamos, pois sobrevivente, para o século XXI, a dinâmica básica da atividade jurisdicional: duas pessoas, um desacordo, um juiz e uma solução. A primeira comédia de costumes do teatro nacional, de inestimável valor histórico, exemplifica-nos tanto a maneira como o juiz deve e, igualmente, como não deve se comportar.

O juiz na obra de Martins Pena, em que pese sua mão autoritária ao enfrentar os “conflitos de galinha”, tem o grande mérito de se deixar transbordar de simplicidade, ou melhor, de se deixar inserir na vida da comunidade como uma pessoa à qual deveriam os reclames ser levados, pois ele faria encontrar a solução. Essa solução que apresentava, e aí o paradoxo e o que demonstra o caráter comportamental e legal do qual deve o magistrado de hoje se afastar, trazia consigo, inevitavelmente, uma ameaça, não a de pagar determinado valor, mas de sofrer uma sanção eminentemente corporal. A prisão arbitrária fazia-se como o principal contra-argumento do qual se utilizava o Juiz de Paz para que suas decisões, igualmente arbitrárias, fizessem-se cumprir.

O que de mais crucial carece de ser sublinhado é o fato de que em cada momento histórico, para cada geração que sucede a outra, valores devem ser sopesados e reavaliados. Hodiernamente, pode o proceder do Juiz de Paz apresentar-se de forma incompreensível e trazer-nos indignação. Daí a chegar à óbvia conclusão de que o juiz de outrora não poderia, jamais, ser o juiz de hoje – e veja-se que sequer estamos a nos referir a **juízos** de outrora, como o das ordálias – não é tarefa das mais árduas. A sensibilidade da qual atividade jurisdicional deve se vestir é exatamente a de descobrir, e oferecer, aquilo que a sociedade de seu tempo almeja.

O presente trabalho, ancorado no ideal cappellettiano de justiça coexistencial, bem como no modelo que se convencionou chamar de revolução copérnica, se dedicará ao estudo da atividade do juiz e de sua desenvoltura na tentativa de conciliar as partes envolvidas no processo. Buscar-se-á, sem qualquer eufemismo, dizer sobre a realidade, nua e crua, que encontramos no emprego da atividade de conciliação pelos magistrados no processo civil.

O alerta preliminar ao leitor fica por conta da delimitação de nosso objeto. O desenrolar da pesquisa segue a traçar e tentar aprimorar a incumbência do **juiz** na tentativa de conciliação das partes. Não é nosso alvo específico o labor de conciliadores, mediadores ou juízes leigos, o que já se encontra assaz discutido em doutrina. Explica-se o afirmado pela razão de ser do modo que o jurisdicionado enxerga o próprio juiz, como ficará demonstrado ao se desenvolver o trabalho.

Métodos não-jurisdicionais de solução de controvérsias não estão em choque com o teor da atividade conciliatória. Pelo contrário. Aqui o cenário é de sinergia, não de competição. Tanto é assim que tomaremos emprestado, por exemplo, da mediação técnicas para o aprimoramento da função do juiz.

Em tempos de *fast food*, muitas das idéias que aqui serão expostas poderão parecer inconciliáveis com o vigente movimento de encurtar o tempo de resposta do judiciário na prestação jurisdicional. Dizeres populares como *o tempo é inimigo da perfeição* e *quem tem pressa come cru*, de princípios naturais da vida humana, subsidiarão a tese jurídica que se está a apresentar. Aliás, por qual razão o jurista/legislador vem se afastando de lições das mais franciscanas, inspiradas em ideários jamais suplantados ao longo de centenas e centenas de anos, faz indagar-nos sobre suas reais intenções. No entanto, pouparei o leitor de aqui levantar qualquer “teoria da conspiração” sobre os

interesses que permeiam e pressionam o direito processual civil, que, apenas em tom provocativo, lembramos ser o direito do dinheiro.

A atividade conciliatória é consideravelmente importante. Aliás, muito mais importante do que podemos imaginar. Seja ela vista pela fresta da diminuição do período de angústia dos jurisdicionados submetidos a um processo judicial, seja ela movida pelo interesse estatal de diminuir o tempo e o custo do processo. O ponto chave é: estão os juízes preparados para conciliar? Qual a técnica por eles utilizada para a conciliação?

Antecipo-me para deixar claro que o problema não é sobre a capacidade (intelectualidade) para conciliar, mas sobre como (qual a técnica?) se concilia. Não basta anunciar aos quatro cantos que durante os dias 12 a 22 do mês tal, por exemplo, mutirões serão formados para a realização de conciliações. Não porque seja uma alternativa inválida, o que seria um despautério afirmar, mormente diante de nossa realidade, mas porque o famoso “vamos lá, vamos entrar num acordo” simplesmente é um estímulo que, se não fosse pela presença de um mistificado juiz bem defronte das partes, seria o mesmo que nada.

O verdadeiro pretexto sobre o qual se edifica o estudo é o de buscar nortear e estimular a prática da conciliação não como uma etapa burocrática em um procedimento já tão requintado. Procuramos tão-somente alertar para a oportunidade de prestar uma jurisdição efetiva quando o assunto for a promoção da satisfação das partes. A conciliação pode servir como verdadeiro remédio para a angústia e o sofrimento de quem se submete a um processo judicial.

2. A conciliação e o princípio constitucional da tempestividade da tutela jurisdicional

Todo e qualquer processo leva um certo tempo. Isso é fato. Há causas cuja complexidade e necessidade de instrução probatória prescindem de um longo curso até seu julgamento. Há causas, no entanto, em que o tempo é justamente o requisito essencial para o seu deslinde satisfatório. Isso se dá seja porque precisa o juiz de tempo para formar e conformar seu entendimento acerca daquela questão jurídica que lhe é posta, seja porque as partes, no decorrer do processo, estão sujeitas a mudarem de perspectiva sobre

o objeto litigioso que, inevitavelmente, alterará os rumos da lide. O debate, por vezes, é revelador de solução que possibilita um desfecho mais ameno ao processo.

Não quero dizer que o processo deve esperar pelo juiz ou pelas partes indefinidamente, mas que há um tempo crucial para o amadurecimento dos debates e para a correta aplicação da lei. Esta lei, nunca é demais lembrar, deve sempre ser empregada de modo a satisfazer os caros valores constitucionais. Por mais relativo que seja o substantivo justiça, é possível sentenciar com a maior probabilidade de acerto quando não houver pressa em fazê-lo.

O que quer dizer inciso LXXVIII¹, do art. 5º, da Constituição Federal é exatamente extirpar dilações processuais absurda e injustificadamente presentes na atividade jurisdicional². Julgamentos monocráticos de recursos, súmulas vinculantes, repercussão geral, julgamentos liminares de causas tidas por repetitivas, ora, tudo isso se trata de alterações na legislação processual cuja desculpa é atender ao princípio constitucional da tempestividade da tutela jurisdicional. Esquece-se, no entanto, em boa parte das vezes, que a busca da máxima efetivação dos princípios constitucionais é dever do qual o Poder Judiciário não pode desincumbir-se.

Assustamo-nos com a obviedade dessa constatação. São igualmente princípios constitucionais o devido processo legal, formal e substancial, a ampla defesa e o contraditório, enfim, o acesso à ordem jurídica justa. O que de mais fundamental ensina a atual doutrina constitucionalista pátria, em sua unanimidade, apoiada nas lições de Canotilho, Alexy e Dworkin, é a necessidade de se conformar os princípios constitucionais. Ao que parece, o legislador está a concretizar e projetar, sobre distintos diplomas normativos infra-constitucionais, princípios constitucionais segundo o critério cronológico, ou seja, não-conformador. Assim, a onda reformista empresta valia (ou maior valia) ao princípio mais recentemente introduzido no texto da Constituição em detrimento daqueles obrados pelo constituinte originário.

Não se trata de um protesto contra as reformas recentes que desaguaram na modificação da legislação processual civil, até porque, usadas na porção exata, ou seja, contra-balanceando a necessidade de agilidade com uma linhagem garantista ampla do

¹ CRFB de 1988 - Art. 5º, LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

² É certo que o artigo também se refere à atividade administrativa, conquanto não se trate de ramo do qual se ocupa neste momento.

processo justo – que não se resume a processo rápido – é inegável que elas se prestam a cooperar com a satisfação do jurisdicionado.

Importante e esclarecedor os dizeres de Canotilho:

“A consideração da constituição como sistema aberto de regras e princípios deixa ainda um sentido útil ao princípio da unidade da constituição: o de unidade hierárquico-normativa.

O princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional). Como se irá ver em sede de interpretação, o princípio da unidade normativa conduz à rejeição de duas teses, ainda hoje muito correntes na doutrina do direito constitucional: (1) a tese das antinomias normativas; (2) a tese das normas constitucionais inconstitucionais. O princípio da unidade da constituição é, assim, expressão da própria positividade normativo-constitucional e um importante elemento de interpretação.

*Compreendido desta forma, o princípio da unidade da constituição é uma exigência da <<coerência narrativa>> do sistema jurídico. O princípio da unidade, como princípio de decisão, dirige-se aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as <<lerem>> e <<compreenderem>>, na medida do possível, como se fossem obras de um só autor, exprimindo uma concepção correcta do direito e da justiça (DWORKIN)”.*³

Fato é que os princípios demandam de aplicabilidade que otimize os ideários que trazem consigo, carecem de uma irradiação, da forma mais equânime possível, pelo ordenamento jurídico de modo a franquear a busca incessante do estado de coisas

³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Livraria Almedina. Coimbra. 1993. p. 190.

perseguido; ao contrário das regras, que, cegas em seu baixo grau de abstração, são limitadas a um olhar *all or nothing*, ou seja, de manejo optativo entre uma ou outra passível de aplicação.

Maiores considerações não seriam necessárias se porventura lográssemos êxito em aplicar o texto constitucional previsto no inciso LXXVIII, art. 5º, na forma como sugerido (leia-se: na forma imposta):

A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.(Grifei).

A expressão “razoável duração” revela-nos que certa dose de maleabilidade foi conferida no trato do que seria ou não tempestivo. Estamos muito próximos da edição de leis que eventualmente, e inconstitucionalmente, irão dispor que, por exemplo, *entre a data do protocolo da petição inicial e a sentença, no procedimento sumário, não se poderá exceder 120 dias. Amplia-se o prazo em dobro para o procedimento ordinário.*

Talvez seria melhor o Constituinte ter se espelhado no inciso I, do art. 8º, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, cujo teor corrobora justamente com o que vimos tentando demonstrar:

“Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.” (Grifei)

A celeridade não toma conta de todas as discussões na doutrina processual internacional⁴. Pelo contrário. Tem-se tratado, por exemplo, da flexibilização de procedimentos. Em outras linhas, o juiz, colocado diante de uma causa mais ou menos complexa, que exija determinada produção probatória ou dela prescindida, fixará o prazo que entender razoável para as etapas do procedimento. São procedimentos eivados de prazos judiciais, ou seja, aqueles a serem definidos pelo juiz, e não abstratamente pelo legislador. Respeitadas as devidas comparações com o Direito Penal, seria uma espécie de *individualização do procedimento*. E o curioso: o resultado, sem se falar em qualquer quebra de garantias, inevitavelmente será o do encurtamento da atividade jurisdicional.

Nosso desconforto, e a razão para alertar sobre a correta compreensão acerca do princípio da tempestividade da tutela jurisdicional, está inserido em um contexto cujo principal reclame é o alcance de produtividade por parte dos magistrados. A prestação jurisdicional deixa de ser qualitativa para atender a critérios quantitativos que em nada se conformam com a essência daquilo que Watanabe⁵ chama de acesso à ordem jurídica justa. O monopólio da jurisdição impõe àquele que desempenha tal atividade probidade e consciência. Não é o “atingir metas” que faz do juiz melhor ou pior julgador. A qualidade e a capacidade de se promover um deslinde que satisfaça as partes, o quanto for possível, é a meta a ser seguida.

Para se ter uma idéia do que estamos a tratar, hoje, no Estado do Rio de Janeiro, os Juízes Leigos (alunos da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro que, após processo seletivo interno, desempenham tal função perante os Juizados Especiais Cíveis do Estado) são remunerados por bolsa cujo valor, para ser pago integralmente, depende de um número mínimo de audiências mensais a serem realizadas. Em que pese o pioneirismo da instituição de Juízes Leigos no âmbito dos Juizados Especiais, sendo a medida saudável de seu ponto de vista finalístico, fica a ressalva quanto à vinculação, ainda que tímida, do critério numérico de avaliação da função para fins de remuneração.

⁴ TROCKER, Nicolo et al. *The reforms of civil procedure in comparative perspective*.ed. Torino: G. Giappichelli, 2005.

⁵ WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (org.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128 a 135.

Há mais. É tendência, já implementada em alguns estados, que, após a aprovação em provas para ingresso na carreira da Magistratura, estabeleça-se uma nova etapa para o concurso na qual os aprovados nas etapas anteriores exercerão a atividade judicante, sendo remunerados com um percentual do salário dos magistrados substitutos, sendo avaliados por um período “x”. O critério, segundo pensamos, é muito válido, dado o relevo da função a ser desempenhada. O problema maior será o de vincular esse critério à produtividade (quantitativa) de sentenças e decisões.

Estamos a trazer Henry Ford para o Direito. A produção de sentenças em massa sepulta a pessoalidade de que tanto elas carecem. A propósito, quem disse que um jurisdicionado sempre almeja a sentença em um processo? Não é este seu intento primordial. É sim, pelo menos no modelo clássico de jurisdição contenciosa⁶, o fim de um litígio⁷, a extirpação de uma dúvida, a modificação de um estado de direito, e há indeterminados casos em que o término deles nem sempre está em subjugar o interesse alheio ao próprio. Não é atropelando o tempo e ensurdecendo os juízes acerca das reais intenções em jogo que se soluciona um impasse, até porque o tempo pode ser o maior amigo para promoção da satisfação.

Confundimos a aclamada tempestividade da prestação jurisdicional com o tempo, longo e massante, que se tem de aguardar para o julgamento de recursos. Recursos nascem com o inconformismo. Com sentenças desafinadas com a justiça de uma das partes, ou desobedientes à formalidade processual. Infindáveis recursos seriam evitados caso os juízes em primeiro grau adotassem uma postura mais conciliatória dos interesses das partes. A idéia de conexão inafastável entre atividade jurisdicional e sentença, aliada à ânsia por produtividade e de uma celeridade irrefreável, sufoca a conciliação, sufoca uma das formas mais nobres de se cumprir o escopo jurisdicional de pacificação social.

⁶ De forma alguma estamos a negar o reconhecimento da atividade jurisdicional àquelas demandas definidas como jurisdição voluntária. Ocorre que a espinha dorsal do presente trabalho guarda relação com ações judiciais intrinsecamente conflituosas, e não potencialmente conflituosas, como é o caso da jurisdição voluntária.

⁷ Necessário também esclarecermos que estamos cientes e acordes com as lições da melhor doutrina acerca do fato de que a lide é elemento acidental no processo de identificação da natureza jurisdicional da atividade estatal prestada. Ocorre que a premissa da qual parte o trabalho é justamente a de que há um conflito de interesses – pretensão e resistência –, a ser equalizado na atividade conciliatória, sem que isso seja importante para a caracterização da atividade como jurisdicional, o que, como há muito foi dito, não depende da existência de uma lide.

O professor Barbosa Moreira, sempre pontual em suas observações, adverte-nos que:

“O submite n° 4 é talvez mais perigoso. Consiste em hiperdimensionar a malignidade da lentidão e sobrepô-la, sem ressalvas nem matizes, a todos os demais problemas da Justiça. Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quiçá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique – nem mesmo, quero crer, no pensamento desses próprios autores – hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.”⁸

Em arremate, citamos Cappelletti e Garth⁹:

“Os litígios por exemplo diferem em sua complexidade. É geralmente mais fácil e menos custoso resolver uma questão simples de não-pagamento, por exemplo, do que comprovar uma fraude. Os litígios também diferem muito em relação ao montante da controvérsia, o que freqüentemente determina quanto os indivíduos (ou a sociedade) despenderão para solucioná-los. Alguns problemas serão mais bem “resolvidos” se as partes simplesmente se “evitarem” uma à outra (145). A

⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O futuro da justiça: alguns mitos** In Temas de Direito Processual (oitava série). São Paulo, Ed. Saraiva. 2004.

⁹ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, trad. de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 71.

importância social aparente e certos tipos de requerimentos também será determinante para que sejam alocados recursos para sua solução. Além disso, algumas causas, por sua natureza, exigem solução rápida, enquanto outras podem admitir longas deliberações.” (Grifei)

Nesse estágio do trabalho se torna inevitável mencionar artigo de autoria do professor Kazuo Watanabe¹⁰, intitulado de *Cultura da Sentença e Cultura de Pacificação*. É realçado em seu texto o aspecto cultural que traça a formação de nossos futuros julgadores. A formação acadêmica passa ao longe do ensino e do estímulo de atividades conciliatórias. Está enraizado em nossa mentalidade, enquanto inseridos no sistema jurídico, que a atividade jurisdicional é toda ela voltada para a prolação de um deslinde heterônimo das controvérsias. Watanabe atesta que, na verdade, privilegiamos a solução pelo critério “certo ou errado”, “preto ou branco”, sem qualquer espaço para a adequação da solução ao curso da vontade das partes, à especificidade de cada caso.

Diante de todo o ritmo frenético que se intenta impor ao processo, diante da cultura cristalizada na academia que não preza pelo ensinamento da conformação do interesse das partes em litígio, diante do caráter fordista emprestado à atividade dos juízes, perguntamos: há espaço para a conciliação na atividade jurisdicional contemporânea?

3. Jurisdição, sentença e conciliação

Conforme preliminarmente destacamos, não estamos a lidar no presente trabalho com os métodos alternativos da solução de controvérsias em sentido estrito. Dizem-se alternativos porque não inseridos na atividade jurisdicional. São igualmente apelidados como equivalentes jurisdicionais. Contudo, é necessário o estabelecimento da contemporânea noção de jurisdição de modo a realizar a correta adequação com o propósito do estudo, e de tracejar, ainda que perfunctoriamente, características dos métodos alternativos.

¹⁰ WATANABE, Kazuo. *Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação*, in *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover* (org. Flávio Luiz Yarchell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo: DPJ, 2005, pp. 684/690.

Luiz Guilherme Marinoni, em seu *A Jurisdição no Estado Contemporâneo*¹¹, convida-nos à releitura da noção de *jurisdição*. Os vetustos ensinamentos professados na doutrina italiana, trazidos e festejados pela doutrina processual pátria, fazem ecoar conceitos inconciliáveis com a atual ordem constitucional. Seja o ensinamento carneluttiano – a jurisdição objetiva a resolução da lide – seja o chiovendiano – segundo o qual a jurisdição se presta a fazer atuar no caso em exame a vontade concreta da lei –, ambos encontram-se defasados. O primeiro, é verdade, já vinha sendo objeto de severa crítica doutrinária, ao passo em que o processo jurisdicional não subordina, ou não tem limitada, sua atividade à existência de um conflito de interesses juridicamente qualificado por uma pretensão resistida. Já Chiovenda encontrou inúmeros adeptos na classe dos modernos processualistas, cuja refutação peremptória no cenário nacional, ao que se tem notícia, proveio justamente de Marinoni.

A questão é simples. Ora, diante da atual doutrina constitucional que empresta plena cogência ao que a carta Magna prescreve – quer dizer, força normativa, nos moldes delineados por Konrad Hesse¹² – é de todo impróprio afirmar que a atividade jurisdicional objetiva realizar a vontade da lei. Eis aqui a mesma discussão, ou melhor, eis a mesma bandeira levantada pelos administrativistas contemporâneos. Vejamos excerto do preclaro Gustavo Binenbojm:

“Verifica-se, assim, o surgimento de uma verdadeira Constituição administrativa, que, por um processo de autodeterminação constitucional, se emancipou da lei na sua relação com a Administração Pública, passando a consagrar princípios e regras que, sem dependência da interpositio legislatoris, vinculam direta e imediatamente as autoridades administrativas. A Constituição, assim, deixa de ser mero programa político genérico à espera de concretização pelo legislador e passa a ser vista como norma diretamente

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no estado contemporâneo**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. *Estudos de direito processual civil*. Coord. MARINONI, Luiz Guilherme. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

¹² HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

habilitadora da competência administrativa e como critério imediato de fundamentação e legitimação da decisão administrativa.

Talvez o mais importante aspecto dessa constitucionalização do direito administrativo seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos estes como núcleos de condensação de valores. A nova principiologia constitucional, que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito, passa também a ocupar posição central na constituição de um direito administrativo democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem. Como assinala Santamaria Pastor, as bases profundas do direito administrativo são de corte inequivocamente autoritário; até que fosse atraído para a zona de irradiação do direito constitucional, manteve-se ele alheio aos valores democráticos e humanistas que permeiam o direito público contemporâneo.”¹³

É certo que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais fez com que se operasse a sua irradiação sobre todos os demais ramos do Direito. Justamente nessa ordem de idéias, realçando que as doutrinas carnellutiana e chiovendiana edificaram-se em um cenário contaminado por um positivismo clássico, Marinoni propõe a nova conceituação da atividade jurisdicional, tendo sempre como pano de fundo a prestação de uma tutela jurídica efetiva (em miúdos: útil e proveitosa à parte que tem razão) e o manuseio de técnicas possibilitadoras da declaração incidental de inconstitucionalidade com o fulcro de transcender a lei sempre que esta se mostrar incompatível com os primados da Carta Magna.

“O juiz não é mais boca da lei, como queria Montesquieu, mas sim o projetor de um direito que toma em consideração a lei à luz da Constituição e, assim, faz os devidos ajustes para suprir

¹³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006 p. 37

as suas imperfeições ou encontrar uma interpretação adequada, podendo chegar a considerá-la inconstitucional no caso em que sua aplicação não é possível diante dos princípios de justiça e dos direitos fundamentais.”¹⁴

Expostos os contornos da nova acepção do vocábulo jurisdição, é fundamental que tenhamos em mente que, concluindo não ser tal atividade limitada à aplicação do que prescreve a lei – proscrevendo-a quando assim for necessário –, ao Estado é dada a função-dever de realizar os direitos fundamentais e, dentre esses direitos, inequivocamente, o direito de acesso à ordem jurídica justa. Esta noção equivale a uma espécie de aperfeiçoamento da idéia de acesso à justiça em sua projeção mais basilar. Quer dizer-se: não tem préstimo promover o acesso físico aos tribunais e se dar por satisfeito. Um processo sem dilações injustificáveis, uma tutela jurisdicional efetiva (útil e realizável), bem como uma atuação proba e comprometida com a Constituição por parte dos juízes, são preceitos irrenunciáveis para a consecução desse direito fundamental.

Prestar a tutela efetiva, em nosso pensar, não necessariamente quer dizer sentenciar, ou melhor, julgar procedente ou improcedente o pedido do autor. Não que adotemos aqui visão puramente subjetivista sobre jurisdição: *atividade exercida por juízes*. Ocorre que para o juiz exercer seu papel de propiciar aos jurisdicionados a tutela jurídica justa, não é necessário que ele busque e conduza o processo sempre à sentença “sim ou não”. Dessa visão, decerto arraigada em nossa cultura, mormente pela característica jurisdicional expressada pela substitutividade, temos que nos afastar para aceitar e alavancar o consenso no processo.

Vejamos os escopos da jurisdição para elucidar o raciocínio.

Na seara doutrinária, aqui com amparo em Câmara¹⁵, são reconhecidos três escopos da função jurisdicional. Um político, um jurídico e outro social.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no estado contemporâneo**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. *Estudos de direito processual civil*. Coord. MARINONI, Luiz Guilherme. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, vol I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. pp 82/85.

A jurisdição é permeada de valor político no sentido de que, a partir do momento em que o Estado avoca o monopólio da Jurisdição, ele deve criar mecanismos que permitam os jurisdicionados a participar diretamente de seus rumos, como ocorre quando do exercício da ação popular, da ação civil pública, bem como deve cultivar as liberdades públicas e respeitar os direitos fundamentais.

A idéia mestra do escopo social de jurisdição é a pacificação com justiça. Não tem valia uma decisão judicial divorciada da realidade social. O juiz deve sopesar os efeitos de uma sentença que coloque em risco a desejada estabilidade das relações sociais. Sempre que possível buscar a via conciliadora.

Já quanto ao escopo jurídico, o papel jurisdicional é o de fazer aplicar a lei desde que concatenada com os princípios constitucionais, fazendo valer um emprego pragmático dos direitos fundamentais. Não perdura o juiz boca-da-lei, conforme salientamos.

Esses os ensinamentos da melhor doutrina. No entanto, permanece em muitos impregnada a noção de que ao final da atividade jurisdicional invariavelmente chegar-se-á a um provimento cujo teor será o de procedência ou improcedência daquilo que se pede. É justamente essa visão que merece releitura.

O final feliz da atividade jurisdicional é a pacificação social. Este, indubitavelmente, seu mais caro papel. Se a pacificação decorrer por sentença de procedência ou improcedência, que assim seja. A realidade, crua, é que, em boa parte dos casos, julgar o feito dizendo a quem assiste razão é a forma mais cômoda e barata de falsamente prestar-se ao exercício da jurisdição.

Não há demérito em não sentenciar. Muito pelo contrário. Vejamos, novamente, Watanabe:

“E há, ainda, a falsa percepção de que a função de conciliar é atividade menos nobre, sendo a função de sentenciar a atribuição mais importante do juiz. Não percebem os magistrados que assim pensam que a função jurisdicional

consiste, basicamente, em pacificar com justiça os conflitantes, alcançando por via de consequência a solução do conflito.”¹⁶

Tamanha barreira psicológica demanda de tempo para ser superada. Como bem salienta Oscar Chase¹⁷, “o conceito de cultura envolve traços comuns persistentes no tempo, mas improvavelmente eternos, e partilhados no seio de um grupo, mas improvavelmente unânimes”. O juiz de agora atua no processo para proferir uma sentença, impor sua decisão às partes (substitutividade). Essa a nossa cultura, persistente no tempo e compartilhada pelo grupo. Contudo, não é traço eterno, muito menos de assentimento unânime.

Muito do que foi dito até o presente momento pode gerar estranheza àqueles que defendem aos quatro cantos a prática disseminada dos equivalentes jurisdicionais. Desde já vai o aviso: não somos contra a prática disseminada dos equivalentes, nem ignoramos seus atrativos. Reconhecemos a presteza que a utilização dos métodos alternativos pode trazer para a própria atividade jurisdicional, principalmente desafogando-a do surreal número de processos que aguardam por julgamento e atendendo pontualmente o interesse de quem deles se socorre.

A estagnação dos processos, por sua vez, não se deve propriamente às leis processuais. Deve-se à aliança entre a patente falta de infra-estrutura do Poder Público e a irresignação infundada e tendenciosa dos litigantes públicos e privados. São inúmeros fatores que contribuem para tanto.

A alegada crise do sistema recursal não pode ser isoladamente justificada por uma legislação processual que possibilita recorrer. Por que não o emprego efetivo das condenações por litigância de má-fé, já que tantos e tantos são os recursos totalmente despidos de qualquer fundamentação jurídica viável? Isso não é culpa de se permitir recorrer, mas de quem recorre. Iríamos aqui, então, debandar para uma discussão acerca da ética dos personagens do processo, o que fugiria por completo de nosso objeto.

O maior cliente do Judiciário é justamente o Poder Público. Incoerência? Não. Total falta de compromisso com a coisa pública, sim! Quem mais esperneia é justamente

¹⁶ Obra citada.

¹⁷ CHASE, Oscar G. A Excepcionalidade Americana e o Direito Processual Comparado, in REPRO, vol. 110, Ano 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril – junho / 2003, pp 115/139..

quem deveria dar exemplo. Quem mais prolonga o processo é justamente quem deveria nem dele se valer em muitas hipóteses. A promoção da pacificação social não é tarefa atribuída com exclusividade ao Poder Judiciário. A culpa aqui sobre o grande número de processos, a propósito, sobeja para os pobres mortais que são acusados de terem confeccionado uma verdadeira *indústria dos danos morais* ou infundáveis ações de revisão de cláusulas contratuais contra administradoras de cartões de crédito e instituições bancárias, por exemplo.

Não que sejam todos eles, e não são, os referidos pobres mortais, cordeiros. Há um bom punhado de lobos nesse meio. Mas há uma situação, no mínimo, inusitada. As ondas renovatórias aclamadas pela doutrina exsurgem justamente para a democratização do processo. Quando este passa a ser acessível, reclama-se do numerário de ações. Ora, um problema de cada vez. É claro que existem ações cujos interesses subjacentes não são merecedores de tutela. Mas daí a generalizar, e imputar a culpa aos jurisdicionados pelo aumento do uso de uma atividade cujo exercício é monopolizado, há uma grande diferença.

São dois exemplos capitais acima trazidos, dentre muitos outros similarmente decisivos, que desmentem ser a lei processual a maior vilã da célere atuação do Poder Judiciário.

A grande questão, e para a qual chamo a atenção, é: tendo em vista o emprego dos métodos alternativos da solução dos litígios muito mais desenvolvido em parte do direito alienígena, por que não buscar uma série de técnicas e de procedimentos para adaptá-los ao nosso direito processual jurisdicional? O projeto de lei sobre a mediação, que poderá ser realizada judicial ou extrajudicialmente, é um exemplo disso. Mas antes de adentrar nesse tópico, temos a obrigação de justificar a pergunta do ponto de vista sócio-cultural, e não jurídico.

Como bem alerta o professor Humberto Dalla, no tocante às barreiras levantadas para a disseminação dos métodos alternativos de resolução de conflitos, temos:

“A segunda barreira se refere à percepção social da figura de autoridade para a solução do conflito. A sociedade brasileira, de

forma geral, ainda enxerga no juiz, e apenas nele, o personagem que encarna, de forma inquestionável, o poder de resolver litígios. Outras figuras como conciliadores, juízes leigos, juízes de paz, integrantes de câmaras de mediação ou câmaras comunitárias, ainda são vistas com certa desconfiança.”

“É somente na frente do juiz que as coisas valem”. Essa a máxima inconscientemente reproduzida no imaginário de um percentual expressivo dos jurisdicionados. A figura imponente do juiz, que não é visto como servidor público, mas como alguém dotado de super-poderes, enterra a confiança dos utentes dos métodos alternativos de que esse procedimento será o último. Resta sempre a reserva mental, infelizmente, de que a palavra final cabe ao juiz, momento em que, através de um raciocínio lógico, conquanto falso, concluir-se-ia pela perda de tempo em se utilizar de métodos alternativos. Isso, contudo, não condiz com a verdade, acaso estejamos a lidar com os famigerados direitos disponíveis, ou melhor, com os direitos que admitem transação. No entanto, eis aqui uma realidade brasileira contra a qual cabe todo processualista lutar.

O estímulo ao desfrute dos métodos alternativos de conflitos perpassa necessariamente pelo dever de informação. No entanto, o público alvo desse discurso deve ser meticulosamente pré-determinado. A fertilidade de camadas sociais e culturais que povoa nosso país impõe atenção específica e exposição própria e inteligível para todos. Enquanto não têm melhor sorte os métodos alternativos, que, repito, são preciosos em seus objetivos, e seu desuso no cenário nacional se deve a fatores estranhos às suas reconhecidas utilidade e eficácia, preocupamo-nos com a atenção que deve ser atribuída ao instituto da conciliação, o que seria a forma mais rápida e simples para minorarmos os problemas de ordem processual inequivocamente existentes.

Propomos não propriamente uma remodelação do conceito de jurisdição – não temos essa pretensão – apenas pensamos ser útil o manuseio da figura do juiz como importante instrumento para o processo de pacificação social por intermédio do consenso. Seria o emprego do modo autoritativo de por fim ao litígio não com uma sentença “preta ou branca”, como expôs Watanabe, mas de forma conformadora, consensual. O “autoritativo”

inunda o subconsciente do jurisdicionado com a sensação de tranquilidade, segurança; o consenso foge do subjetivismo e torna palpável a mútua satisfação.

Antecipamo-nos para deixar cristalino o seguinte: o juiz não deve ver sua atividade fracassada pela razão de ter de proferir uma sentença de procedência ou improcedência. É claro que estas permeiam e são o desaguar mais comum da atividade jurisdicional. No entanto, há inúmeras controvérsias passíveis de serem dirimidas através da participação de todos os personagens do processo. Há causas em que a parte leva a outra a juízo para que esta veja que aquela estava “falando sério” quando realizou determinada ameaça. Em inúmeras situações, a conciliação é a solução mais adequada para a pacificação, mas há também inúmeras outras situações em que de nada valerá a tentativa de conciliação, nem perante o juiz, nem perante o mais hábil dos mediadores, pelo simples motivo de que a razão do sucesso e do acordo, na maior parte das vezes, não depende de um terceiro, mas da vontade, única e exclusiva, das partes. Habilidade deverá ser o juiz para desvendar tais intenções, e este estudo é justamente para tentarmos auxiliá-lo nesta tarefa.

4. O caminho inverso

É intuitivo pensarmos em fazer com que o fluxo de demandas judiciais, claro que aquelas que trazem consigo direitos que admitam transação, seja repassado aos métodos alternativos de resolução dos conflitos. O lema, nesse caso, é o desafogo do Poder Judiciário. Esse um dos pretextos basilares do emprego dos equivalentes jurisdicionais.

Outra razão trata justamente da especialidade dos métodos alternativos, ou seja, com a solução de determinado impasse da forma mais consentânea possível com a necessidade das partes envolvidas, sem massificação. Em outras linhas: a arbitragem, por exemplo, tem como uns de seus atrativos a celeridade e o árbitro. Este devido a seus notórios conhecimento sobre a matéria que lhe é levada para decidir. Sim, a arbitragem é um método de heterocomposição, convencionada prévia (cláusula compromissória) ou posteriormente (compromisso arbitral) pelas partes. Elas escolhem o árbitro e, por exemplo, a norma de direito material a ser aplicada (art. 2º, §§2º e 3º da Lei 9.307/96).

Grandes empresas preferem a arbitragem à jurisdição, justamente pela possibilidade de uma decisão mais rápida e técnica.

A mediação, por sua vez, é indicada para aqueles conflitos que retratam relacionamentos interpessoais continuados, como ressalta o ilustre professor Humberto Dalla. Explica o mestre que a mediação não deve ser utilizada para todo e qualquer caso, com o que concordamos. Justamente pela natureza dessas relações, não será uma sentença (ato de um estranho) que solucionará a pendenga. Pelo contrário. A sentença pode ser tão-só o pontapé inicial para outros conflitos. A relação entre as partes não finda com eventual provimento jurisdicional, já que o relacionamento e o desacordo permanecerão ao longo do tempo independentemente de o Estado bater no peito e dizer: Eu terminei a prestação de minha atividade jurisdicional!

Pois bem, por que motivo não trazer duas constatações básicas desses métodos alternativos para a atividade jurisdicional? O paciente não quer que um dermatologista cuide de sua torção no joelho. Da mesma forma, não quer o proprietário e contratante de acordos comerciais de grande vulto sobre plataformas de petróleo que um juiz sem qualquer especialidade resolva e aponte com quem está a razão. A solução: a promoção da especialidade da atividade jurisdicional. O que, a bem da verdade, já vem ocorrendo em alguns setores. No entanto, não é com o objeto da arbitragem que esse trabalho se preocupa, já que se trata de um instituto bem mais avançado no Brasil quando comparado à mediação, por exemplo. Pensamos não ser esta a prioridade do Poder Judiciário.

A questão pontual, conquanto não se esgote nela, está na técnica da mediação. Se se chegou à conclusão de que de nada adianta a adjudicação (atividade substitutiva), ou de pouco relevo é dotada, na solução de relações interpessoais, porquanto o mútuo consentimento em tais hipóteses revela-se de presteza infinitamente superior, qual a razão para não trazer tais conclusões para a atividade jurisdicional? A conscientização de juízes, o que necessariamente perpassa pela formação acadêmica, de que se deve buscar o mútuo consentimento no deslinde de questões cujo sentenciamento não surtirá os efeitos necessários, é crucial.

Conciliar, em sentido amplo, não é perguntar se as partes estão dispostas a chegar a um acordo. É induzi-las ao acordo. Penso, ao ensejo, que a modalidade de

mediação ativa, refutada pela Escola de Harvard, é a que melhor se adequará a uma atividade conciliatória. Desse modo poderá ser aproveitada a prestigiosa figura do juiz.

Não se queira entender que a técnica da mediação, a ser manuseada pelo juiz, somente será útil quando da existência de relações interpessoais continuativas. Será útil para todos os direitos que admitam transação. Lembre-se que esses não são limitados aos direitos disponíveis, o que se pode exemplificar com a possibilidade de conciliação nos casos de prestação (aspecto quantitativo) de alimentos e guarda de filhos.

Um juiz hábil e perspicaz. É justamente isso que estamos a frisar. No capítulo próximo procuraremos trazer para junto da conciliação técnicas utilizadas não só pela mediação como também pela arte da negociação. São típicas atividades em que o desfecho se dá pelo consenso. Adaptá-las ao exercício da atividade jurisdicional não será tarefa das mais difíceis, pelo singelo motivo de estarmos pré-convencidos de que é grande a possibilidade de êxito. Tais técnicas emprestarão um mini-procedimento para a atividade conciliatória, em uma demonstração objetiva e simples do como deverá ser a atuação do magistrado.

5. A conciliação apoiada nas técnicas da mediação e da negociação

O Código de Processo Civil trata da conciliação nos seguintes artigos: 125, IV, 331, 447 e 448. O juiz pode, a qualquer momento, chamar as partes para tentar conciliá-las. Deve fazê-lo, igualmente, na hipótese de a causa versar sobre direitos que admitam transação, seja em audiência preliminarmente marcada, seja no início da audiência de instrução e julgamento. Não tenho notícia da prática da tentativa de conciliação a qualquer tempo pelos juízes como emoldurado no art. 125, IV, CPC, mas lá há essa previsão.

A timidez, e até mesmo o desinteresse, dos juízes em relação à conciliação, como expõe Kazuo Watanabe¹⁸, decorre também da elaboração de estatísticas para fins de promoção.

¹⁸ Obra citada.

“Um outro fator que reduz o entusiasmo dos juízes pela conciliação é a percepção que eles têm, e muitas vezes com razão, de que o seu merecimento será aferido por seus superiores, os magistrados de segundo grau que cuidam de suas promoções, fundamentalmente pelas boas sentenças por eles proferidas, não sendo consideradas nessas avaliações, senão excepcionalmente, as atividades conciliatórias, a condução diligente e correta dos processos, a sua dedicação à organização da comarca e sua participação em trabalhos comunitários.”

O primeiro requisito para que o juiz obtenha êxito em conciliar as partes é: conhecer o processo. Na prática, comumente ocorre de o juiz sentar-se diante das partes e nesse momento ter o primeiro contato com o processo. Por óbvio, não há a menor intenção de generalizar tal conduta. Apenas alertamos que o conhecimento da causa é fator primordial na promoção do consenso. A intimidade com o caso que lhe é posto permite ao juiz averiguar se o objeto ali discutido é ou não viável de conciliação.

É possível peneirar as causas de solução consensual prováveis. Isso se dá não somente com questões carregadas de teor emocional, mas também naquelas onde se percebe a fragilidade da tese defensiva. O réu, em inúmeros casos, antevê a derrotada no processo, mas esperneia o quanto for possível. Um juiz hábil consegue demonstrá-lo os inconvenientes de se alargar litígio judicial, consegue remover mesquinhas. Ninguém, nenhuma parte do processo, em sã consciência, gosta de se dirigir ao fórum para audiências, muito menos de arrastar angústia por grande período.

O segundo requisito imprescindível possui jaez subjetivo. Assim como o juiz deve *querer* a conciliação, nas causas em que já é íntimo do conteúdo do processo, as partes também devem estar dispostas a tanto. Quando do estudo da mediação, temos que a opção por esta forma de solução de controvérsias deve ser sempre espontânea. A espontaneidade com relação ao acordo não pode se dar por prejudicada pelo simples motivo de o autor ter optado pela via jurisdicional. Primeiro porque a falta de informação sobre formas não-jurisdicionais de solução de conflitos ainda existe. Segundo porque é

equivocada a premissa de que quem opta pelo processo judicial não está disposto à conciliação.

Não há possibilidade, ao contrário do que ocorre nos meios alternativos, de as partes escolherem o mediador. Fazendo-se as devidas adaptações, as partes, ou o autor isoladamente, não podem escolher o juiz que tentará a conciliação. Tal fato violaria o princípio do juiz natural. Apesar disso, o juiz, enquanto regente do processo, não deve ser visto com tamanha impessoalidade, quer dizer, deve-se nele enxergar, sim, a figura de alguém imparcial investido de poder estatal para desnudar as razões da controvérsia, mas não um ser fazedor de suas próprias vontades, intangível. Inequivocamente deve manter sua autoridade e, acima de tudo, usá-la em prol do consenso. O fim costumeiro, e nem sempre apropriado, do processo, conforme já salientamos, é a sentença “sim ou não”. No entanto, reiteramos nossas considerações sobre o fato de que uma das formas mais eficazes do desempenho da atividade jurisdicional é justamente a conciliação.

O juiz não pode ser mistificado. Muito menos querer mistificar-se. O juiz de outrora, intimidador, distante e carrancudo, não encontra lugar para o desenvolvimento do principal escopo jurisdicional: pacificação com justiça. A realização de audiências, ainda que infrutífera quanto à conciliação, é útil para o juiz aquilatar impressões pessoais sobre as partes. O juiz deve ser imparcial. Não neutro juridicamente. Como é dito nos corredores das faculdades, um juiz neutro jamais seria capaz de decidir uma causa.

Tratar as partes com urbanidade, ser atencioso ao ouvi-las, mostrar-se interessado e preocupado com a pacífica solução da pendenga, são atitudes que devem nortear a atividade do juiz sempre. Pior do que não falar é não ser ouvido. A indiferença com relação ao dilema que envolve os jurisdicionados é o fator que mais emperra a realização da conciliação. O juiz julga dezenas de casos por semana. As vezes centenas. Os jurisdicionados eventuais, nos moldes da caracterização ofertada por Cappelletti¹⁹, vêm seus processos como únicos. O grande desafio do magistrado é justamente conseguir enxergar a relevância social de priorizar cada causa como se única fosse.

Não vivemos como nefelibatas para desconhecer a realidade das secretarias dos fóruns ou o contingente de processos submetidos a um único juízo. Mais uma vez alertamos: Um problema de cada vez. Não se pode deixar de defender o que nos aparenta ser correto por razões de ordem puramente burocráticas. Não se deve pensar no

¹⁹ Ob. Citada.

insucesso sob o argumento de que o sucesso encontra-se em local inóspito. Propomo-nos a apresentar soluções qualitativas para a efetivação de um processo justo. De soluções quantitativas a legislação processual já se encontra farta. Justiça processual é o mínimo que pode ser assegurado ao cidadão. Se não se pode afirmar que o juiz dará o desfecho ideal para toda e qualquer demanda judicial, fazer assegurar aos cidadãos prerrogativas processuais, como a oportunidade de não se submeterem a uma sentença “sim ou não”, é dever de todo juiz.

Na tentativa de conciliação, o juiz não deve projetar sobre as partes um olhar de superioridade, até mesmo porque ele não é superior a elas. O juiz serve, não é servido. Conversar com as partes com ares de informalidade, mantido sempre o devido respeito, é uma maneira eficaz de se descobrir as “motivações ocultas”²⁰, aquelas não levadas ao processo e impossíveis de serem deduzidas unicamente através dele. Tais motivações podem ser exatamente o nó que ata o consenso.

Durante o procedimento narrado pelo professor Humberto Dalla²¹, há um momento em que é possível ao mediador conversar com uma das partes sem a presença da outra. Essa sessão é denominada *caucus*, e é justamente nela em que são desvendadas as motivações ocultas. Pensamos, todavia, que, com relação ao processo judicial, para evitar maiores desconfortos ou levantamento de suspeição quanto à atividade do juiz, cuja pessoa não foi escolhida pelo consenso das partes envolvidas, seria inadequada a realização de tal etapa.

O juiz deve permitir a conversa entre as partes envolvidas, interferindo quando necessário. O juiz, pensamos, ao contrário da sugestão de Harvard, pode realizar perguntas que eventualmente desnudarão os reais interesses das partes. Participar ativamente nos rumos da discussão sem medo de ser taxado com paternalista ou inconveniente.

A maior tarefa do mediador, segundo Dalla, é suprir a falta de informação, comunicação e promover o direcionamento para novas possibilidades, novas vertentes antes não enxergadas pelas partes para a solução do impasse. Eis a presença, na atividade conciliatória, igualmente, do maior desafio do juiz.

²⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. "Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos", in "Acesso à Justiça: efetividade do processo, (org. Geraldo Prado), Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, pp. 105/124.

²¹ Ob. Citada.

Roger Fisher, Willian Ury e Bruce Patton são responsáveis pelo *best seller* intitulado, já traduzido, “Como Chegar ao Sim: a negociação de acordos sem concessões”²². Aqui a atividade é majoritariamente negocial, não jurídica. Não há controvérsia sobre a qual deverá alguém decidir. Há, sim, técnicas que permitem o consenso para tratar de assuntos dos mais variados. Ao final de uma negociação, seja ela política, mercantil, empregatícia ou familiar, chega-se ao consenso onde ninguém é mais favorecido do que a outra parte. Há saciedade mútua.

Frise-se que na negociação não há a presença de um terceiro. Quem conduz todo o procedimento são justamente os interessados. Estes falam e decidem por si. Daí porque inexistente, em sua nascente, qualquer semelhança com a atividade jurisdicional.

São situações completamente distintas daquelas vivenciadas nos processos judiciais, até mesmo porque nesses nem sempre se encontra presente o poder de barganha. No entanto, há valiosas técnicas de consenso que podem ser extremamente válidas quando trazidas para a sala de audiência.

Os professores da Universidade de Harvard apresentam comportamentos que ensinam e viabilizam o mútuo assentimento. A finalidade básica da obra é a satisfação de ambas as partes. Procedendo-se às devidas adaptações, os juízes não devem misturar as pessoas com os problemas, nem deixar com que as partes o façam. Uma simples pergunta poderia propiciar a conciliação: se não fosse ele, haveria acordo? A partir da resposta, o magistrado pode conduzir a conciliação com outros olhos. Seja advertindo as partes sobre os riscos e inconvenientes da demanda, que poderá se arrastar sem motivos para tanto, como também dos benefícios de uma rápida solução. Avaliar as possibilidades de êxito de determinado pedido pode ser perigoso, embora útil, devendo ser um artifício utilizado sempre baseado em jurisprudência de tribunais superiores ou de segunda instância para que não se incorra em antecipação de julgamento. Assim, por mais que o juiz decida pela improcedência ou procedência do pedido, as partes estarão cientificadas dos rumos futuros que a causa irremediavelmente tomará.

Inclua-se em “separar as pessoas dos problemas” os advogados. Nem o juiz deve deixar levar-se pela antipatia que eventualmente tenha construído com relação ao causídico, nem o causídico deve ser irredutível e pugnar sempre para o julgamento “sim ou

²² FISHER, Roger; URY, Willian; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim – a negociação de acordos sem concessões**. 2.ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

não” da demanda objetivando seus honorários. Parece isso ser uma utopia, mas é fato que não pode deixar de ser consignado.

Grande entrave da negociação é a tentativa de consenso com alguém que não tem poder e liberdade para acordar ou discordar. O advogado deve atuar no interesse da parte, já que exerce uma função essencial na promoção da justiça. Aconselhar maliciosamente seu cliente a não aceitar o acordo em hipótese alguma, prometendo vantagens muito maiores com um julgamento futuro, é, além de grave violação de compromisso ético, tremenda irresponsabilidade.

O juiz deve estimular a parte a se colocar no lugar da outra. Inverter a linha de raciocínio dos litigantes. Quando a audiência se realiza unicamente com prepostos, com poder de barganha igual a zero, esse estímulo será em vão.

Anote-se que, e isso é notório, aquilo que se pede em uma petição inicial nem sempre é o que a parte acredita que auferirá. Sobre tal constatação também deve obrar o juiz. Muitas vezes as partes nem sabem o que seus advogados realmente estão pedindo. Narram-lhe a situação e este confecciona por inteiro, e a seu bel prazer, a petição inicial, fazendo nela constar valores astronômicos e, na maior parte das vezes, inalcançáveis

Finalmente, pensamos que o juiz deve provocar as partes a, juntamente com ele, hipoteticamente, darem soluções das mais variadas para o conflito. Não deve ser estabelecido qualquer compromisso quanto à aceitação ou não da proposta, sequer da parte que a formula. É uma atividade puramente mental, sendo perfeitamente possível a combinação das mais variadas propostas. Trata-se de uma fase no procedimento da mediação conhecida como *brainstorming*. Em uma delas, em uma das idéias lançadas, poderá estar a solução da demanda judicial, cabendo ao magistrado homologar o acordo e esmerar-se de, efetivamente, instrumentalizar o acesso à ordem jurídica justa.

No direito alemão, anunciado por Cappelletti e Garth²³, há procedimento parecido. Segundo o “Modelo Stuttgart”, partes, juízes e advogados ativamente debatem sobre os fatos e o direito que circundam a controvérsia. Os juízes, após ouvirem as partes e as testemunhas, retiram-se para deliberar e retornam com um projeto de sentença que é discutido entre eles e as partes, as quais ainda podem optar por uma composição amigável. Há uma proposta de decisão e amplo debate sobre suas vantagens e

²³ Ob. Citada. p. 78.

desvantagens. O resultado fatalmente apresentará maior índice de aceitação, estimulará e dará importância a partes e advogados e, principalmente, reduzirá consideravelmente o número de recursos.

A conciliação, quando viável, é a medida mais democrática e legítima para a resolução dos conflitos levados ao Judiciário. O juiz não deve se comportar como mero espectador, ou ser tomado pelo sentimento de que a conciliação é mera etapa do curso processual. Deve aproveitar a oportunidade e ter sempre a consciência de que causas mal resolvidas retornam para sua mesa. Nesses casos não haverá nem justiça, nem celeridade, nem comprometimento com tão nobre função.

6. Conclusão

Pensamos ser o ponto crucial do trabalho a exaustiva explicação de que não há espaço para o raciocínio automático de que processo rápido é processo bem julgado. Processos decididos no estilo fordista emperram ou retornam ao Judiciário. As partes merecem a sensação de que suas causas são únicas.

Da mesma forma que os métodos alternativos de solução de conflitos não disputam espaço com a atividade jurisdicional, não temos a pretensão de desestimular, em hipótese alguma, a solução das controvérsias por intermédio dos equivalentes jurisdicionais. A única preocupação é com a melhora de uma atividade que já existe e que pode ser muito melhor desenvolvida.

Todo discurso deve atender-se para a platéia, como deixa claro Perelman. É preciso saber-se para quem se fala. A conciliação aqui abordada, nos moldes desenhados, será importantíssima forma de solução de controvérsias de causas que envolvam litigantes eventuais. Não que se abstraia a possibilidade de incidência sobre os litigantes habituais. Ocorre que, com relação a estes, é necessária avaliação realista sobre os fatos. Enquanto permanecer a “ordem de cima” e a “política da empresa”, retirando qualquer autonomia dos prepostos, a tarefa dos juízes demandará de esforço olímpico para o consenso. Mal sabem as grandes empresas e o próprio Estado o quanto perdem com tal postura.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais realizou no período de 2 a 7 de setembro a Semana da Conciliação. Nos juizados de conciliação e nas centrais de

conciliação, o êxito do procedimento perambulou pelo percentual de 60%. Já nos Juizados Especiais Cíveis e na Justiça comum, o de 30%. Sobre os precatórios, o índice de êxito alcançou a marca de 100% de conciliação.²⁴

Já exaltamos a nobreza do propósito de tais ações. Afinal, como diz o slogan publicitário: Conciliar é legal e faz bem. No entanto, há conciliações e conciliações. Um juiz não pode empurrar um acordo, muito menos fazer vista grossa quando o acordo é manifestamente prejudicial a uma das partes, mormente em situações que envolvam o direito de família. Não basta o “estão conciliados” do Juiz de Paz na Roça. Há situações, por outro lado, em que se “concilia” ou se “concilia”, como é o caso dos precatórios.

Estudar a conciliação sob tal prisma é, acima de tudo, viabilizar a pacificação social, desburocratizar o processo, desmistificar o juiz fazendo com que ele trabalhe em prol das partes, desimportando-se com números. O efeito de uma causa mal julgada, além da péssima repercussão social, é cíclico. Mais dia ou menos dia, estarão as partes novamente em litígio.

Assim como se sucede na mediação, na conciliação devolve-se às partes envolvidas no conflito a possibilidade de criarem a solução para a controvérsia. É medida afeta à democracia deliberativa, de nítido caráter de legitimidade através do consenso. O tempero da conciliação fica por conta da figura do juiz.

A conciliação não trabalha com questões solitariamente jurídicas, mas realça a transdisciplinariedade, obrigando o juiz a lançar mão da Psicologia, Sociologia e Filosofia. Daí a importância indelével de se reavaliar nossas academias. De instruir futuros juristas e conscientizá-los de que a dogmática do Direito, conquanto de valor inquestionável, somente é aplicável ao mundo real se permeada por valores aptos a possibilitar a compreensão do homem.

Esperamos, honestamente, ter contribuído, ainda que timidamente, para que seja remodelado o estudo e incrementada a atenção conferidos à conciliação. Mais do que atividade jurídica, conciliar é um dever social do juiz.

²⁴ Dados obtidos no link do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: http://www.tjmg.gov.br/info/pdf/?uri=/quadro_avisos/semana_conciliacao/2007/balanco_parcial_3_a_5_12.pdf. Acessado em 20 de fevereiro de 2008.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O futuro da justiça: alguns mitos** In Temas de Direito Processual (oitava série). São Paulo, Ed. Saraiva. 2004.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.**Rio de Janeiro: Renovar, 2006 p. 37

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, vol I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. pp 82/85.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Livraria Almedina. Coimbra. 1993. p. 190.

CHASE, Oscar G. *A Excepcionalidade Americana e o Direito Processual Comparado*, in *REPRO*, vol. 110, Ano 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril – junho / 2003, pp 115/139.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, trad. de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 71.

FISHER, Roger; URY, Willian; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim – a negociação de acordos sem concessões**. 2.ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no estado contemporâneo: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. *Estudos de direito processual civil*. Coord. MARINONI, Luiz Guilherme. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito (trad. Brás. de Ethique et Droit)*. São Paulo: Martins Fontes. 1996, p. 145/206.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. *"Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos"*, in *"Acesso à Justiça: efetividade do processo, (org. Geraldo Prado)*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 105/124.

TROCKER, Nicolo et al. *The reforms of civil procedure in comparative perspective*.ed. Torino: G. Giappichelli, 2005.

WATANABE, Kazuo. *Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação*, in *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover* (org. Flávio Luiz Yarchell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo: DPJ, 2005, pp. 684/690.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (org.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128 a 135.