

Estudos em
Homenagem à
Professora **Ada**
Pellegrini
Grinover

Achille Saletti Adroaldo Furtado Fabrício Alberto Silva Franco Andrea Proto Pisani Angel Landoni So Antonio Gidi Antonio Magalhães Gomes Filho Antonio Scarance Fernandes Athos Gusmão Carnei Cândido Rangel Dinamarco Carlos Manuel Ferreira da Silva Claudia Lima Marques Cristina de Magl Édis Milaré Edoardo F. Ricci Elio Fazzalari Elival da Silva Ramos Federico Carpi Fernanda Di Menezes de Almeida Flavia Tavares Rocha Loures Flávio Luiz Yarshell Francesco P. Luiso Franco Cipria Giulio Ubertis Giuseppe Tarzia Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró Humberto Theodoro Júni Ivette Senise Ferreira Jaime Greif Jairo Parra Quijano José Afonso da Silva José Carlos Barbosa Morei José Cretella Júnior José Manoel Arruda Alvim José Renato Nalini José Roberto dos Santos Bedaq Julio B. J. Maier Kazuo Watanabe Luigi Paolo Comoglio Luiz Flávio Gomes Luiz Guilherme Marinc Luiz Rodrigues Wambier Manoel Gonçalves Ferreira Filho Maurício Zanoide de Moraes Michelle Tarul Miguel Reale Júnior Nelson Nery Júnior Nicola Picardi Nina Beatriz Stocco Ranieri Odete Medau Paulo Henrique dos Santos Lucon Pedro J. Bertolino Roberto Omar Berizonce Ronaldo Porto Macedo Juni Sergio Bermudes Sergio Chiarloni Sergio La China Sídney Agostinho Beneti Tales Castelo Bran Teresa Arruda Alvim Wambier Vincenzo Vigoriti Zelmo Denari

Organização: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes



ddi

Cultura da sentença e cultura da pacificação

Kazuo Watanabe

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.
Professor doutor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1. Destina-se, este modesto trabalho, a homenagear uma das mais produtivas e criativas juristas da atualidade, a Professora Ada Pellegrini Grinover. A ela o nosso país deve, dentre inúmeras outras colaborações e produções científicas, a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei dos Juizados Especiais para crimes de menor potencial ofensivo, além de valiosas sugestões para a reforma do Código de Processo Civil (um dos últimos projetos é o da Lei de Mediação, ainda no Congresso Nacional) e alteração do Código de Processo Penal. É igualmente notável a sua contribuição no âmbito internacional. Inicialmente como coordenadora da comissão elaboradora da Proposta de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e, posteriormente, como Relatora da Comissão Revisora do projeto, ela vem se dedicando, de forma admirável e com muita competência, à análise e seleção das várias propostas surgidas.

2. Também sobre o tema deste trabalho, *conciliação e mediação*, desde longa data vem a Professora Ada Pellegrini Grinover dedicando especial atenção. Logo após a promulgação da Lei dos Juizados Especiais, ao analisar a conciliação nela adotada, anotou que:

Do conjunto de estudos sobre a conciliação, pode-se concluir que, durante um longo período, os métodos informais de solução dos conflitos foram considerados como próprios das sociedades primitivas e tribais, ao passo que o processo jurisdicional representou insuperável conquista da civilização.

E acrescenta: "Mas, como escreveu um sensível processualista, 'quando as coisas instituídas falham, por culpa de fatores estranhos a nossa vontade, convém abrir os olhos às lições do passado para verificar se, acaso, com mais humildade, dentro de nossas forças e limites, não podem elas nos ensinar a vencer desafios do presente'" ("Conciliação e Juizados de Pequenas Causas". In: WATANABE, KAZUO (coord.). *Juizado Especial de Pequenas Causas*, Revista dos Tribunais, 1985, p. 159). O processualista mencionado é o mestre gaúcho Galeno Lacerda ("Dos Juizados de Pequenas Causas". In: Rev. AJURIS, n. 27, p. 7-8).

3. Além do aspecto cultural indicado, o grande obstáculo à utilização mais intensa da conciliação e mediação é a formação acadêmica dos nossos operadores do direito, que é voltada, fundamentalmente, para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses. Ou seja, toda ênfase é dada à solução dos conflitos por meio de processo judicial, em que é proferida uma *sentença*, que constitui a solução imperativa dada pelo representante do Estado. O que se privilegia é a solução pelo critério do "certo ou errado", do "preto ou branco", sem qualquer espaço para a adequação da solução, pelo curso da vontade das partes, à especificidade de cada caso.

É esse o modelo ensinado em todas as faculdades de direito do país, sem exceção. É esse, igualmente, o modelo de profissional do direito exigido pelo mercado para as principais carreiras profissionais, como a advocacia, a magistratura, o ministério público e as procuradorias públicas. Quase nenhuma faculdade oferece aos alunos, em nível de graduação, disciplinas obrigatórias voltadas à solução não-contenciosa dos conflitos. Apenas alguns cursos de pós-graduação oferecem disciplinas nessa área, mas sem uma ênfase especial.

4. É certo que há escritórios de advocacia, especialmente os que atendem a clientes internacionais, que atualmente buscam profissionais especializados em várias áreas novas, até então pouco exploradas, procurando alguns deles estimular seus advogados a se interessarem por cursos de pós-graduação no exterior. Isso, porém, para o desenvolvimento de suas práticas em áreas não-contenciosas. No setor contencioso, a preocupação mantém o mesmo perfil. Após a Lei 9.307/96, houve algum avanço na área de *arbitragem*, com recrutamento, treinamento e especialização de profissionais voltados a essa modalidade de solução de conflitos. Todavia, ainda não se nota um investimento maior na formação e treinamento de profissionais voltados à solução não-contenciosa de conflitos, isto é, à negociação, conciliação e mediação.

5. Certamente, essa área ganhará grande impulso no futuro próximo, pois há projetos de lei instituindo a mediação, como o de autoria da comissão constituída pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, da qual a Professora Ada Pellegrini Grinover é coordenadora. Esse projeto de lei foi, em fins de 2003, fundido com o projeto de lei de autoria da deputada Zulaiê Cobra, que já estava no Senado Federal após aprovação pela Câmara dos Deputados, tramitando hoje como projeto consensuado com grandes possibilidades de aprovação pelo Congresso Nacional. Além de iniciativas legislativas, há também a tendência, que se nota hoje no mercado, de inclusão, principalmente nos contratos internacionais, de cláusula de mediação necessária antes do início de qualquer processo judicial ou de arbitragem. Isso se deve à percepção dos contratantes de que as soluções amigáveis dos conflitos atendem melhor aos interesses deles, e também por causa da preocupação deles quanto à demora e ineficiência dos processos

6. Porém, o que prevalece, atualmente, é ainda o modelo de solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses. Somente nos juizados especiais, em razão do modelo imposto pelo legislador, a conciliação é praticada mais intensamente. Em 2003, a FAPESP financiou uma pesquisa no Estado de São Paulo, feita pelo CEBEPEJ — Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, que revelou que o índice de soluções amigáveis alcançadas deixa muito a desejar (apenas cerca de 25% das causas terminaram por acordo). Esse resultado é consequência da falta de um critério mais rigoroso no recrutamento, capacitação e treinamento dos conciliadores. Nos juízos comuns, poucos magistrados dedicam atenção especial à conciliação. Muitos deles invocam a sobrecarga de serviços e a falta de tempo como fatores determinantes da pouca dedicação à solução pacificada dos conflitos.

7. Todavia, nem sempre foi assim em nossa história jurídica. Tivemos no passado, por exemplo, a Constituição do Império (1824), que em seu art. 161 dispunha expressamente que: “Sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, não começará processo algum”. E o art. 162 estabelecia que, “para esse fim haverá juiz de paz...”.

Na Constituição atual, o juiz de paz recupera, em parte, sua importância funcional, pois o inciso II do art. 98 dispõe que, na forma lei, o juiz de paz poderá exercer “atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação”. Mas, não consta que, até agora, alguma unidade da Federação Brasileira tenha organizado a justiça de paz para conferir-lhe essa importância funcional.

8. O atual sistema processual brasileiro, seguindo sempre a linha do nosso legislador, procura prestigiar, em vários dispositivos, os meios alternativos de solução de conflitos, como a conciliação (arts. 125, IV, 331, 447 a 449 e 599 do CPC) e a arbitragem (Lei de Juizados Especiais, anteriormente Juizados de Pequenas Causas). Temos agora até mesmo lei especial de arbitragem (Lei 9.307/96).

9. Todavia, a *mentalidade* forjada nas academias, e fortalecida na práxis forense, que é aquela já mencionada de solução adjudicada autoritariamente pelo juiz, por meio de sentença, mentalidade essa agravada pela sobrecarga excessiva de serviços que têm os magistrados, vem fazendo com que os dispositivos processuais citados sejam pouco utilizados.

Há mesmo, o que é lastimável, um *certo preconceito* contra esses meios alternativos, por sentirem alguns juízes que seu poder poderá ficar comprometido se pessoas não pertencentes ao Poder Judiciário puderem solucionar os conflitos de interesses.

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.

10. 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 pelos 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.

11. Disso tudo nasceu a chamada *cultura da sentença*, que se consolida assustadoramente. Por todas as razões acima citadas, os juízes preferem proferir sentença, ao invés de tentar conciliar as partes para obter a solução amigável dos conflitos. Sentenciar é mais fácil e cômodo, para alguns juízes, do que pacificar os litigantes...

Estão eles esquecidos do magistério de Cândido Rangel Dinamarco, segundo o qual:

A crescente valorização e emprego dos meios não-judiciais de pacificação e condução à ordem jurídica justa, ditos meios alternativos, reforça a idéia da equivalência entre eles e a atividade estatal chamada jurisdição.

Do ponto de vista puramente jurídico — acrescenta o consagrado processualista paulista — as diferenças são notáveis e eliminariam a idéia de que se equivalem porque somente a jurisdição tem, entre seus objetivos, o de dar efetividade ao ordenamento jurídico substancial, o que obviamente está fora de cogitação nos chamados meios alternativos. Mas o que há de substancialmente relevante no exercício da jurisdição, pelo aspecto social do proveito útil que é capaz de trazer aos membros da sociedade, está presente também nessas outras atividades: é a busca de pacificação das pessoas e grupos mediante a eliminação de conflitos que os envolvam. Tal é o escopo social magno da jurisdição, que atua ao mesmo tempo como elemento legitimador e propulsor da atividade jurisdicional.

Em seguida, completa:

Essa perspectiva teleológica do sistema processual sugere a equivalência funcional entre a pacificação social imperativa e aquelas outras atividades... (DINAMARCO, Cândido R. *Instituições de direito processual civil*. 2 ed. Malheiros, l. § 46, p. 122) (grifos nossos).

12. Devido à mentalidade anteriormente citada, o art. 331 do Código de Processo Civil, que designa audiência para a tentativa de conciliação e um contato pessoal entre as partes e seus advogados, e destes com o juiz e, em caso de fracasso na tentativa de conciliação, para a fixação oral pelo juiz, após ouvirem as partes os pontos controvertidos da causa, é cumprido como mera formalidade por muitos magistrados. Poucos se aperceberam do real objetivo do legislador, que é a *indução de papel mais ativo do juiz na condução dos processos e para o efetivo cumprimento do princípio da imediatidade, que é uma das bases do processo oral* adotado pelo nosso legislador processual. Alguns juízes chegam mesmo a descumprir abertamente o modelo instituído pelo legislador, deixando de designar a audiência sob a alegação de que, no caso concreto, será inútil a tentativa de conciliação

porque as partes certamente não entrarão em acordo, inutilidade essa apenas intuitiva, que somente poderia ser comprovada com a efetiva realização da tentativa de conciliação. Aliás, a conciliação é apenas um dos objetivos do art. 331, conforme salientado.

A solução adotada pelo art. 331 teve por base o conhecido "Modelo de Stuttgart de audiência no processo civil", que alcançou grande êxito na República Federal da Alemanha, conforme informa Fritz Baur. Esclarece o processualista alemão:

A idéia básica é simples: após a propositura da ação, realiza-se uma troca de peças escritas entre as partes, sob a direção do tribunal; ela se destina à exposição das questões de fato e à indicação dos meios de prova. O tribunal influi na exposição escrita das partes, na medida em que indica pontos que lhe parecem importantes para o completo esclarecimento da matéria de fato. Depois dessa troca de escritos, o tribunal marca a audiência, ordena sempre o comparecimento pessoal das partes e provê no sentido de que todos os meios de prova estejam presentes à audiência. Nessa única audiência (comparável à "audiência principal" do processo penal), o tribunal discute primeiro as questões de fato com as partes, pessoalmente presentes; nessa ocasião apontam-se obscuridades e equívocos nas exposições das partes, que devem ser logo esclarecidos. Muitas vezes, já nesse primeiro estágio, surge a possibilidade de encerrar-se o processo mediante transação. Se não se chega a tanto, realiza-se de imediato — na presença das partes — a colheita das provas. Também os peritos estão pessoalmente presentes, mesmo quando já tenham antes apresentado laudo escrito. Após a conclusão da atividade instrutória, têm as partes e os advogados oportunidade de arrazoar. O tribunal discute abertamente a situação de fato e de direito com as partes, de maneira que estas não fiquem em dúvida sobre a opinião do órgão. Isso conduz em muitos casos a uma transação. Quando não, o tribunal depois de conferenciar, profere a sentença (BAUR, Fritz. "Transformações do processo civil em nosso tempo". Trad. J. C. Barbosa Moreira. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*. Uberaba, v. 7, p. 61).

A nota marcante desse modelo, que vem sendo adotado em vários tribunais da Alemanha, e também em outros países, é a realização em "estado quimicamente puro" dos princípios fundamentais da *oralidade* e da *imediatez*, conforme anota, com propriedade, BAUR, op. cit., p. 62.

Nesse modelo, o juiz assume o comando efetivo do processo — informa-se, desde logo, sobre os pontos fundamentais da controvérsia existente entre as partes, ordena o comparecimento pessoal delas à audiência, procura fazer com que haja contato direto dos litigantes entre si e deles com o tribunal, o que tem ensejado um grande número de acordos.

13. A mesma idéia de *juiz ativo na condução do processo* está na base do *case management* do sistema processual norte-americano (*Rule 16, Federal Rules of Civil Procedure*), instituto responsável pela maior celeridade dos processos e, principalmente, largamente utilizado pelas partes, resultado da indução do próprio Judiciário, de meios alternativos de solução de conflitos (ADR). Em vários Estados, como a Califórnia, menos de 5% das causas ajuizadas chegam à fase final do julgamento. É verdade que o sistema norte-americano tem especificidades, como o júri para as causas cíveis, um sistema diferenciado de colheita de provas (*discovery*) e outras peculiaridades que, certamente, levam à aceitação de meios alternativos de solução de conflitos (ADR), mas, de qualquer forma, o índice mencionado é simplesmente espantoso.

A respeito do *case management*, observa Resnik:

Until recently, the American legal establishment embraced a classical view of the judicial role. Under this view, judges are not supposed to have an involvement or interest in the controversies they adjudicate. Many federal judges have departed from their earlier attitudes; they have dropped the relatively disinterested pose to adopt a more active, managerial stance.

E acrescenta:

*Today, federal district judges are assigned a case at the time of its filing and assume responsibility for shepherding the case to completion. Judges have described their new tasks as "case management" — hence my term "managerial judges". As managers, judges learn more about cases much earlier than they did in the past. They negotiate with parties about the course, timing, and scope of both pretrial and posttrial litigation. These managerial responsibilities give judges greater power (RESNIK. Managerial judges. 96 Harv. L. Rev. 374, 1982, p. 376-385. In: COUND, I. John. *Civil procedure — cases and materials*. 4 ed., p. 749-750).*

Case management é, em suma, uma atividade processual que fortalece o controle judicial sobre: a) identificação das questões relevantes, b) maior utilização pelas partes de meios alternativos de solução de controvérsias, e c) tempo necessário para concluir adequadamente todos os passos processuais. O juiz planeja o processo e disciplina o calendário, ouvindo as partes. Pelo contato freqüente que ele mantém com as partes, e destas entre si, promove a facilitação para uma solução amigável da controvérsia. E, mesmo não ocorrendo o acordo, as técnicas do *case management* permitem ao juiz eliminar as questões frívolas e planejar o processo, fazendo-o caminhar para o julgamento (*trial*) com eficiência e sem custo exagerado.

14. Idêntica idéia, de *juiz mais ativo na condução dos processos*, é o fundamento principal do art. 331 do nosso estatuto processual. Porém, ele não foi, como já mencionado, bem compreendido pelos operadores do direito. Os poucos magistrados que alcançaram o real objetivo do legislador estão dando à lei aplicação correta e alcançando, com isso, índices expressivos de soluções amigáveis ou conduzindo mais adequadamente a instrução probatória.

15. O que prevalece entre nós, em suma, é a *cultura da sentença*. E a consequência disso, no Estado de São Paulo, é a existência de cerca de 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) recursos que aguardam distribuição nos tribunais de segunda instância (Tribunal de Justiça e tribunais de alçada).

O Tribunal de Justiça do Estado, num gesto emblemático, para demonstrar aos juízes de primeiro grau que os desembargadores dão grande importância às atividades de mediação e às soluções amigáveis das controvérsias, iniciou, no primeiro semestre de 2003, o Plano Piloto de Conciliação em Segundo Grau de Jurisdição. O resultado que vem sendo alcançado é surpreendente, pois o índice de acordo, nas causas em que as partes aceitam a mediação de um conciliador, é superior a 35%. Revela isso que, se na

velmente cerca de 30% a 40% dessas causas teriam sido encerradas mediante solução amigável, sem necessidade de recurso.

Os novos dirigentes do Tribunal de Justiça, que tomaram posse em 01.01.2004, pretendem dar início ao Setor Experimental de Conciliação em Primeiro Grau de Jurisdição, com recrutamento de conciliadores experientes, como os que atuam em Segundo Grau de Jurisdição.

O que se pretende é aliviar o juiz de primeiro grau das atividades de conciliação e atribuir essa tarefa ao conciliador, que se voltará exclusivamente à mediação.

Uma das causas do pouco êxito das atividades conciliatórias, no modelo hoje praticado no juízo comum, é a atribuição do trabalho de mediação ao magistrado que irá julgar a causa. Além da sobrecarga de trabalho, que o impede de dedicar tempo mais amplo às atividades mediadoras, o magistrado tem uma natural restrição, decorrente da função de julgador da causa, que o limita, pelo risco de prejulgamento, na formulação de ponderações e propostas de acordo para os litigantes. Ademais, as partes receiam que suas afirmativas sejam, eventualmente, interpretadas pelo juiz da causa como fraqueza de suas posições e pretensões, o que as bloqueia na formulação ou aceitação de propostas de acordo. Disso tudo resulta a pouca eficácia das tentativas de conciliação.

16. No projeto da lei de mediação antes mencionada sugere-se uma nova redação ao art. 331. Vários são os objetivos nela colimados. Um deles é a melhor explicitação da preocupação de tornar o juiz brasileiro mais ativo na condução do processo, fazendo com que, desde o início da ação, identifique ele as questões relevantes da causa, promovendo contatos mais freqüentes dele com as partes, e destas entre si, e privilegiando a oralidade e a imediatidade que possibilitem a solução amigável da controvérsia e, quando inatingível a transação, ao menos a condução mais adequada e menos custosa do processo até o final julgamento. Procura-se, ainda, criar uma mentalidade que prestigie os meios alternativos de solução de conflitos, fazendo com que o próprio magistrado estimule as partes à utilização de vários meios, ditos alternativos, de solução de conflitos, como a mediação, a conciliação, a arbitragem e a opinião neutra de terceiro. E procura o novo texto transmitir a idéia de que é prioritária a busca da "pacificação das partes, ao invés da solução adjudicada do conflito", reputando-se como "de relevante valor social", considerada inclusive para efeito de promoção por merecimento a dedicada atuação do juiz, nesse sentido. E, para tornar mais eficaz a conciliação e a mediação, a proposta autoriza a lei local a "instituir juiz conciliador ou recrutar conciliadores para auxiliarem o juiz da causa na tentativa de solução amigável dos conflitos".

17. Temos fundadas esperanças de que essa inovação legislativa propiciará o surgimento de nova cultura, nas academias, nos tribunais, na advocacia, enfim, em todos os segmentos de atuação prática dos profissionais do direito.

A atual cultura da sentença será, com toda a certeza, paulatinamente substituída pela cultura da pacificação.

Garanzie processuali e dimensione transnazionale della giustizia civile

Michele Taruffo

Professore dell'Università di Pavia.

Sommario: 1. Introduzione. 2. L'art. II-47 del progetto di Costituzione Europea. 3. L'effettività delle garanzie. 4. La dimensione transnazionale delle controversie: la dimensione europea. 5. Segue: la dimensione extraeuropea.

1. Introduzione

La norma fondamentale del progetto di Costituzione Europea in materia di garanzie della giustizia civile, ossia l'art. II-47, si inserisce nel solco di una tendenza ormai largamente consolidata che ha visto l'inclusione di tali garanzie nel catalogo dei diritti fondamentali, e spesso la loro esplicita costituzionalizzazione. Senza risalire qui ai precedenti storici più lontani, che alcuni ravvisano addirittura nella *Magna Charta* del 1215, ma che sicuramente includono il V emendamento della Costituzione americana inserito nel "Bill of Rights" del 1791, basterà ricordare in questa sede varie Costituzioni europee del secondo dopoguerra, da quella italiana a quella tedesca, da quella spagnola a quella portoghese, che con varie formulazioni enunciano le garanzie fondamentali delle parti nel processo civile, oltre alle più generali garanzie attinenti all'indipendenza dei giudici. Sul piano delle convenzioni internazionali basterà far cenno all'art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, all'art. 6, comma 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, all'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici stipulato a New York nel 1966, ed anche all'art. 25, comma 1, della Convenzione interamericana sui diritti dell'uomo sottoscritta nel 1969 a San José di Costa Rica. Precedenti più immediati possono poi ravvisarsi nell'art. 19 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali adottata dal Parlamento europeo il 12 aprile 1989 nonché, naturalmente, nell'ampia giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia della comunità europea.