

EFETIVIDADE PROCESSUAL VERSUS PROJETO “CONCILIAR É LEGAL” INSTITUÍDO PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

PROCESSING EFFECTIVENESS VERSUS "CONCILIAR LA LEGAL" PROJECT ESTABLISHED BY THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE

Joilson José da Silva¹

Resumo: Analisa-se no presente artigo o princípio da efetividade processual à luz da Constituição Federal de 1988 e a política empreendida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no movimento “Conciliar é Legal”. Considerou-se os estudos da doutrina pátria e da jurisprudência do STF, para refletir acerca de normas subjacentes ao princípio da efetividade processual, a saber, inafastabilidade da jurisdição, celeridade processual e devido processo legal. A conciliação, como meio autocompositivo de solução de litígios, mereceu destaque especial. O CNJ divulgava amiúde na grande mídia, a campanha nacional de conciliação no afã de contornar a morosidade processual. Contudo, a propaganda institucional não revelava os propósitos de tal empreendimento. Analisou-se, nessa ordem de considerações, a estrutura, as funções e a legitimidade do Conselho Nacional de Justiça, tendo por substrato normativo a Emenda Constitucional 45/2004. Refletiu-se especialmente sobre a contradição entre o movimento “Conciliar é Legal” e o direito à efetividade do processo. Levou-se em consideração as estatísticas elaboradas pelo próprio CNJ, oportunidade em que se apreciou a ideia de “cultura demandista”, demandista habitual e “demandista eventual”. Em suma, o presente artigo pretendeu subsidiar a ponderação sobre um tema reputado de expressiva relevância para a ciência jurídica.

Palavras-chaves: Conciliação, Razoável Duração do Processo, Autocomposição, Jurisdição.

Abstract: This article analyzes the principle of procedural effectiveness in light of the Federal Constitution of 1988 and the policy undertaken by the National Council of Justice (CNJ) in the "Conciliar is Legal" movement. We considered the studies of the country's doctrine and the jurisprudence of the Supreme Court to reflect on the norms underlying the principle of procedural effectiveness, namely non-exhaustiveness of jurisdiction, procedural speed and due process of law. The conciliation, as an autocompositive means of solving disputes, deserved special mention. The CNJ often disseminated in the mainstream media, the national campaign of conciliation in an effort to circumvent procedural delays. However, institutional propaganda did not reveal the purposes of such an undertaking. The structure, functions and legitimacy of the National Council of Justice were analyzed in this order of considerations, having as normative substrate the Constitutional Amendment 45/2004. It was especially reflected on the contradiction between the "Conciliar is Legal" movement and the right to the effectiveness of the process. Consideration was given to the statistics prepared by the CNJ itself, when the idea of a "demand culture", a habitual demander and "eventual demander" was appreciated. In short, this article intends to subsidize the consideration of a reputed topic of significant relevance to legal science.

Keywords: Conciliation, Reasonable Duration of the Process, Self-Composition, Jurisdiction.

INTRODUÇÃO

A investigação do debate doutrinário e jurisprudencial, na literatura jurídica brasileira acerca do princípio da efetividade do processo enquanto direito fundamental do indivíduo e a sua relação com o projeto oficial instituído pelo Conselho Nacional de Justiça, a partir de 2006,

conhecido pela rubrica “Conciliar é legal”, é o propósito específico do presente estudo.

A igualdade, conforme preconizado pelo jurista brasileiro Rui Barbosa, sob a batuta da filosofia aristotélica, consiste em tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades. Trata-se, em última

¹ Especialista em Direito Previdenciário (Anhanguera-UNIDERP). Especialista em Direito Tributário (Anhanguera-UNIDERP). Especialista em Metodologia do Ensino de Filosofia e Sociologia (FAEL). Bacharel em Direito (FACEG). Bacharel e Licenciado em História (UFGO). Advogado. Professor (FACEG)

análise, de efetivar a igualdade não só sob o aspecto formal, como o fazia as legislações pretéritas, mas, sobretudo, concretizar a igualdade material.

Conforme ponderou Monfardini (2010, *on line*), a complexidade das relações humanas aumentou no mesmo compasso dos avanços tecnológicos. Culturalmente, o mundo se integra com o desenvolvimento vertiginoso das telecomunicações. Economicamente, avançam as formações de blocos econômicos globalizados e socialmente muitos países subdesenvolvidos sob o enalço do desenvolvimento, como o Brasil, enfrentam dificuldades, reflexo de disparidade econômica e afronta aos direitos individuais e sociais dos cidadãos.

Compreender o conteúdo teórico e prático do princípio da efetividade do processo, as principais causas de sua inoperância na ordem jurídica brasileira, bem como o conteúdo político, ético, social e jurídico do discurso difundido pelo movimento de conciliação instituído pelo Conselho Nacional de Justiça consubstancia o fio condutor do presente estudo.

Ademais, evitando o confortável refúgio da neutralidade, sob o espectro teórico da escola crítica do direito, o presente artigo lançou mão de uma abordagem do método dialético que, conforme Lakatos (1987, p. 57), “penetra o mundo dos fenômenos [...] através de sua ação recíproca, da contradição inerente ao fenômeno e da mudança dialética que ocorre na natureza e na sociedade”. Assim, a concepção teórica traçada pelos autores da teoria crítica do direito que, surgida com a Escola de Frankfurt, conforme análise de Catana e Souza (2010, *on line*), foi

privilegiada, posto que rompeu com as formas de racionalidade que une ciência e tecnologia em novas formas de dominação.

Entende-se, portanto, que, para os autores da teoria crítica do direito, a crítica significa a aceitação da contradição que, em tese, estaria presente em qualquer processo de conhecimento.

A pesquisa em tela caracterizou-se por consubstanciar uma pesquisa exploratória de caráter bibliográfico. Sabe-se que a pesquisa bibliográfica, conforme vaticinou Monteiro e Savedra (2001, p. 57), além de ser um tipo de investigação independente, é pré-requisito para qualquer pesquisa científica. Seu objetivo central é o de levantar contribuições culturais e científicas sobre um determinado tema, analisar as principais questões teóricas disponíveis e oferecer subsídios para a definição e resolução de problemas já enunciados.

Atente-se também para o fato de que, a Constituição e as leis, como criações humanas, são elaboradas por pessoas que não são indiferentes ou neutras, mas, ao revés, diretamente interessadas nas consequências das regras que editam. Numa sociedade dividida a ordem jurídica espelha a vontade da classe dominante e tende a proteger valores que lhe atendam aos anseios. (BARROSO, 2009).

Posto o problema, indicada a metodologia, insta esclarecer, ainda, que a pesquisa em tela não tem a pretensão de exaurir a temática proposta, senão subsidiar a reflexão crítica sobre um tema revestido de inegável importância para a ciência do direito.

1. O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO COMO INTEGRANTE DO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE PROCESSUAL

No introito de seu ensaio sobre o princípio da celeridade processual, denominada “razoável duração do processo”, Mendonça Júnior aduz que:

A duração razoável do processo é anseio da comunidade jurídica, sonho acalentado dos processualistas e dever do poder público para com o cidadão. Com o advento da reforma do judiciário, positivou-se um novo princípio na Constituição, entre os direitos fundamentais, estabelecendo que o processo deve observar um prazo razoável na sua tramitação. E mais: determinando que os cidadãos devem ter meios que garantam a celeridade. Visto com ceticismo por muitos, já que a dificuldade de preenchimento do conceito indeterminado (prazo razoável) traz incertezas, é preciso dogmatizar o princípio buscando sua utilidade. Mas é preciso, também, dar atenção ao tema, prestigiando o princípio de forma a construir soluções para sua eficácia e utilidade (MENDONÇA JÚNIOR, 2007, p. 109).

Sustenta Mendonça Júnior (2007) a ideia de que o princípio da celeridade processual, razoável duração do processo ou tempestividade da tutela jurisdicional, encontrava-se implícito no ordenamento constitucional, no art. 5º, XXXV que consubstancia o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Isto porque, segundo o autor, o direito de ação não significa apenas o mero acesso ao Judiciário, na dimensão restrita e insuficiente de propor demandas e se defender.

Para referido doutrinador, o direito de acesso à justiça significa tutela efetiva que se desdobra nos elementos adequação e tempestividade. Não obstante, a Emenda Constitucional 45/2004, ao inserir o inciso LXXVIII no art. 5º da Carta Política, positivou

explicitamente o conteúdo da celeridade processual.

O equacionamento do ponto de equilíbrio entre segurança jurídica e celeridade processual, teria sido, na visão de Mendonça Júnior (2007) um relevante desiderato do legislador constituinte ao acrescentar o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal.

Definir os contornos do que seja a celeridade processual é procedimento dotado de alta complexidade. Tucci, citado por Mendonça Júnior (2007, p. 113), entende que a dicção “prazo razoável do processo” corresponde a “ausência de dilações indevidas”. Partindo da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, quando da aplicação do art. 6º, 1 da Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais¹, entendeu Tucci que as dilações indevidas correspondem aos atrasos ou delongas que se produzem no processo por inobservância dos prazos estabelecidos.

Os injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual de outro, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado, e, sem que aludidas dilações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários também figura na lista das causas responsáveis pela morosidade da justiça.

Não se pode olvidar, contudo, que o processo, como mecanismo de realização de direitos pode levar uma pessoa, uma família, uma empresa à completa perdição. Vidas são refeitas

¹ “Toda pessoa tem Direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida”.

ou destruídas com uma simples decisão judicial e, ainda, a falta ou demora excessiva na conclusão do processo faz com que a simples indefinição destrua o ânimo e a esperança tão indispensáveis à vida.

Trata-se, em última análise, de violação ao princípio da segurança jurídica e do devido processo legal. Aliás, conforme ponderou Hoffman (2008), não há que se falar em devido processo legal se o jurisdicionado conhece os meios para acessar o Poder Judiciário, assim como o modo pelo qual o processo de desenvolverá, mas não tem a menor ideia nem pode conceber quando ele terminará. Eis aí a institucionalização de uma das formas mais cruéis de violência, operada pelo descaso das autoridades que insistem em não enfrentar o problema com políticas públicas voltadas à efetividade processual.

Para Leal (2012), não se pode confundir o direito de acesso à justiça com o direito de acesso ao Judiciário. Nesse sentido, aduz que:

Por óbvio, até a solução das lides mais simples demanda certo lapso de tempo. Entre o ajuizamento da ação, citação do réu, apresentação de defesa, produção das provas e formação do convencimento do juiz, transcorrerão, certamente, semanas ou, muitas vezes, meses, sem que as partes sofram grandes prejuízos. Não raro, no entanto, os litígios se eternizam, principalmente em razão da desorganização burocrática e administrativa do Poder Judiciário, aliada a regras procedimentais que dificultam a efetivação da tutela jurisdicional em um prazo razoável. O jurisdicionado, então, tem acesso ao Judiciário, mas não à Justiça. O reconhecimento de seu direito, principalmente aquele de conteúdo não econômico, após longo interstício, não terá mais nenhuma valia (LEAL, 2012, p. 65).

Ensina, por fim, Peleja Júnior (2011), na esteira da doutrina encampada por Sarlet (2003), Barroso (2009) e Cunha Júnior (2007), o fato de

que o direito ao acesso efetivo à justiça, como direito do cidadão, tem sido reconhecido como direito revestido pelo manto da fundamentalidade, sem o qual, quaisquer outros direitos ou garantias não passariam de mera ficção jurídica e argumentos falaciosos, desprovidas de inter-relação com a realidade.

2. O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE PROCESSUAL

Pedersoli (2011), ao estudar a instituição do Conselho Nacional de Justiça bem como o contexto social e político em que foi promulgada a Emenda Constitucional 45/2004, afirma que, apesar de se falar na existência de um Judiciário formalmente independente desde 1824, a sua autonomia efetiva só veio a ser conquistada na Constituição de 1988, com o advento da sua independência orçamentário-financeira, além da manutenção das garantias institucionais que já lhe cabiam, a exemplo da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (art. 95, CF).

Todavia, a partir de 1988, o Judiciário brasileiro teria surgido como “ator político novo e poderoso”, responsável pela concretização do amplo rol de direitos fundamentais enunciados na Magna Carta. Paradoxalmente, o protagonismo do Judiciário teria evidenciado as mazelas de tal instituição. E ainda, ao ser o governo importunado pelas diversas ações ajuizadas em todo o território nacional, passou a ser considerado um inconveniente. É nesse contexto que surgiu o Conselho Nacional de Justiça.

Refletindo sobre o Conselho Nacional de Justiça, criado pela Emenda Constitucional 45/2004, Peleja Júnior (2011) assevera:

Irrefutável que um dos fatores que contribuiu para a instauração do CNJ foi a leniência, que ocasionou a sensação de impunidade no âmbito interno do Poder. Com efeito, por ocasião da instauração da CPI do Judiciário, a mídia e os Poderes Legislativo e Executivo, os dois últimos tampando os olhos para as próprias deficiências, demonstravam inúmeros casos de corrupção e impunidade. Não mentiam, nem inventavam: o Judiciário estava com as chagas expostas (PELEJA JÚNIOR, 2011, p. 107).

Destarte, observa Peleja Júnior (2011), que o Conselho Nacional de Justiça teria sido uma instituição engendrada a partir de uma intensa exploração, pela mídia e pelos outros poderes constituídos, da leniência do Judiciário. Tal atitude teria impulsionado a “vontade social” contra tais abusos e o Conselho Nacional de Justiça surge no cenário nacional como órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário com funções administrativa, financeira e disciplinar.

Urge destacar, ainda, que o Conselho Nacional de Justiça, como órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário, foi alvo de acirradas celeumas. Muito se discutiu sobre a sua constitucionalidade. Antes da Emenda Constitucional 45/2004, alguns Estados da Federação, no exercício do poder constituinte derivado, teriam criados os “Conselhos de Justiça” como órgãos de controle externo da atividade do Poder Judiciário. Paradigmático foi o voto do então Ministro Relator Sepúlveda Pertence no bojo da ADI 98/MT, que, dentre outros, questionava a incompatibilidade do Conselho de Justiça, de composição mista, com o princípio da independência e separação dos

poderes e autogoverno do Judiciário. Em síntese, Peleja Júnior (2011) entende que:

Dessa maneira, em período anterior à Emenda Constitucional 45/04, ao apreciar as ADIN’s [...] que versavam acerca da instituição de Conselhos de Justiça nos Estados-membros, entendia o STF que um Conselho de Justiça representaria uma quebra da separação dos Poderes, sediada no núcleo intangível da Constituição (PELEJA JÚNIOR, 2011, p. 113).

Peleja Júnior (2011) justifica a criação do Conselho Nacional de Justiça pelas seguintes razões:

[...] a pressão popular, impulsionada pela imprensa, ao denunciar diuturnamente, com razão, casos de lentidão e corrupção, já era muito grande. Verdadeiramente, para a opinião pública, o ponto-chave que levou à instauração do Conselho de Justiça foi a impunidade (interna e externa) do Judiciário: a percepção da sociedade era que seus membros eram como *denses inatingíveis*. Com invulgar tirocínio, o Ministro Carlos Velloso assim ponderou, por ocasião do mesmo julgamento: os magistrados somos capazes de administrar a nossa casa. Fazendo-o, saberemos afastar juízes tardineiros e punir os que não honrarem à toga. Só precisamos de meios para isso, meios que há muito pedimos e que somente o Congresso Nacional poderá nos dar” (PELEJA JÚNIOR, 2011, p. 113).

Martins, citado por Peleja Júnior (2011), mantém firme posicionamento de que a instituição do Conselho Nacional de Justiça é inconstitucional. Isto porque, segundo notou, o Brasil adota o sistema de governo presidencialista, diferente de países como França e Itália, que adotaram o parlamentarismo. Neste sistema de governo (parlamentarista), o Judiciário não é um Poder, mas uma função vinculada, em regra, ao Chefe de Governo. Já no sistema presidencialista, o Judiciário é considerado “Poder”, ao lado do Executivo e do Legislativo. Conclui Martins:

[...] mais do que uma questão de inconstitucionalidade – a meu ver, fere o § 4º, III, do art. 60, todo o art. 103-B da Emenda Constitucional 45 no que concerne à participação de outros polos – trata-se de questão de

incompatibilidade, esta transposição de um modelo de controle parlamentar para um país de perfil presidencialista (MARTINS *apud* PELEJA JÚNIOR, 2011, p. 116).

No entanto, Peleja Júnior (2011), com esteio na doutrina de José Adércio Leite Sampaio, entende não ser o Conselho Nacional de Justiça instituição incompatível com a Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.367, em votação não unânime, declarou a constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça. Aludido órgão caracteriza-se, na visão do Pretório Excelso, por ser um órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. À ocasião do julgamento da referida ADI, estabeleceu-se ainda o caráter nacional do Poder Judiciário e a impossibilidade de criação de Conselho de Justiça por Estado-membro.

Conforme dados extraídos do sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, sua missão é contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade, em benefício da sociedade. Nesse mister, seria o CNJ um instrumento efetivo de desenvolvimento do Judiciário. Dentre as suas diretrizes, destacam-se: planejamento estratégico e proposição de políticas judiciárias, modernização tecnológica do Judiciário; ampliação do acesso à justiça, pacificação e responsabilidade social; garantia de efetivo respeito às liberdades públicas e execuções penais.

Dentro da primeira diretriz, estampa-se a estipulação de metas, nos termos do art. 4º, XIV do Regimento Interno do Conselho Nacional de

Justiça. Dentre as atribuições, destaca-se a função regulamentar, vale dizer, estabelecer regulamentação acerca da atuação dos membros do Poder Judiciário. Lamentavelmente, o CNJ já extrapolou suas funções administrativas para se inserir em decisões judiciais. Como é cediço, não é, pois, a função do órgão. O STF, em eventuais situações, cerceou-lhe a atuação excedente, conforme ponderou Peleja Júnior (2011).

A par dessas considerações, oportuno refletir sobre o poder normativo do Conselho Nacional de Justiça com esteio no Texto Magno, alterado pela Emenda Constitucional 45/04.

3. A LEGITIMIDADE DOS ATOS NORMATIVOS EXPEDIDOS PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Tema polêmico na doutrina pátria e que merece abordagem no presente trabalho, é a análise da competência regulamentar do Conselho Nacional de Justiça. A Constituição Federal, no art. 103-B, § 4º, I, disciplina a matéria.

A análise do poder regulamentar atribuído ao Conselho Nacional de Justiça, nos termos dos incisos I e II do § 4º do art. 103-B do Texto Magno, impõe relevante meditação acerca dos limites e contornos desse “poder regulamentar”. Peleja Júnior (2011), ao enfrentar o tema, ressalta que, entre as espécies normativas do art. 59, a Constituição Federal prevê, a “Lei Delegada”, lembrando que, embora em tempos pretéritos a delegação legislativa causasse espécie, atualmente não se discute a sua pertinência no Estado Social e Democrático de Direito. Isto porque, segundo pondera o autor, o que o constituinte originário vedou foi a completa abdicação ou renúncia do Poder Legislativo.

Predomina, pois, a função legislativa no Poder Legislativo, mas isso não implica afirmar que a função legislativa é única e exclusiva do Parlamento. Certo é que somente o legislativo tem, *a priori*, a prerrogativa de inovar na ordem jurídica, exceto em alguns casos excepcionais, como o é a situação da urgência e da relevância de certas matérias, regulamentáveis *ab initio* pela medida provisória.

Superada preambularmente a questão, necessário compreender os conceitos de “poder regulamentar” a fim de se analisar a plausibilidade jurídica dos comandos normativos expedidos pelo Conselho Nacional de Justiça, mormente os comandos que instituem “metas de produtividade” sob o manto da diretriz do planejamento estratégico.

Na esteira da doutrina de Di Pietro, citada por Peleja Júnior (2011), é correto afirmar que o poder regulamentar é uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo da União, dos Estados e dos municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução.

O poder normativo originário (ou primário) é conferido pela Constituição a um órgão estatal em virtude de competência própria. São exemplos as leis elaboradas pelo Poder Legislativo. Por seu turno, o poder regulamentar, também denominado “poder normativo derivado” ou “poder normativo secundário” tem por escopo apenas explicitar o conteúdo de uma norma já existente e produzida pelo poder normativo originário.

Embora respeitável a tese defendida por alguns doutrinadores pátrios, Peleja Júnior (2011),

alerta que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento exarado na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12, entendeu que o Conselho Nacional de Justiça, de fato, é detentor de poder normativo primário.

Examinada a natureza jurídica do poder normativo conferido ao Conselho Nacional de Justiça pela Emenda Constitucional 45/04, importa refletir sobre a instituição de “metas”, como corolário de uma das diretrizes deflagradas pelo órgão, qual seja, o planejamento estratégico e proposição de políticas judiciárias.

Não se pode negar o relevante papel assumido pelo Conselho Nacional de Justiça como, por exemplo, a modernização da máquina judicial, campanhas de efetivação de políticas públicas do Judiciário, implantação de tabelas processuais unificadas, coleta e sistematização de dados estatísticos que desnudam o desempenho dos tribunais, dando mais transparência.

4. A EFETIVIDADE PROCESSUAL E A CAMPANHA “CONCILIAR É LEGAL” ENCAMPADO PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

As campanhas promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça com buscas à conciliação, conhecidas pela solene expressão “Conciliar é Legal”, teriam como fundamento a pacificação social que, sem sombra de dúvidas, consubstancia um dos escopos da jurisdição enquanto manifestação inequívoca da soberania estatal. Entrementes, esse nobre objetivo não poder fazer sucumbir os direitos e garantias fundamentais já conquistados com a promulgação da Constituição Federal de 1988. O princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF); o princípio do

devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), são componentes necessários do princípio constitucional do acesso à justiça e da efetividade processual.

Ao prestar a tutela jurisdicional é sensível que o magistrado deve, a teor do art. 93, IX da atual Carta Política, fundamentar sua decisão. Para fundamentar, deve informar os elementos que o conduziram a decidir, de forma que tal empresa demanda muito tempo, esforço, dedicação e elevado espírito crítico e reflexivo.

A conciliação, como sistema alternativo de composição de conflitos, sem embargo de sua real eficácia, quando realizada dentro dos parâmetros éticos e jurídicos, “exonera” o juiz daquela longa operação exigida pelo princípio constitucional da obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais.

Trata-se, sob a batuta da doutrina do novo constitucionalismo ou neoconstitucionalismo, de dar ao Poder Judiciário a função de garante da ordem jurídica democrática e da afirmação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, continua Oliveira Neto:

Optar pela primeira via, que é a mais cômoda e natural, a um poder que tem como um de seus parâmetros a inércia inicial, além de representar uma atitude antidemocrática e não colaborar para manter um Estado equilibrado, facilitando a implantação de uma ditadura de outro regime déspota, ainda acaba por gerar um fenômeno interessante, que é o surgimento de organismos que passam a exercer função para preencher o espaço vazio deixado pelo Estado judiciário (OLIVEIRA NETO, 2008, p. 197).

As consequências nefastas de tal postura do Poder Judiciário são sensíveis no contexto

político contemporâneo, situação não ignorada pelo autor:

Opera-se, em outras palavras, um fenômeno inverso daquele que se opera quando um Estado se torna forte e, por isso, passa a impor aos seus súditos a obrigatoriedade de ir ao Poder Judiciário para solucionar seus conflitos. Trata-se da chamada desjurisdicionalização dos conflitos, que ganha contornos catastróficos nas favelas existentes nas metrópoles do nosso Brasil (OLIVEIRA NETO, 2008, p. 197).

A conciliação, embora conte com o consentimento das partes, regra geral, retira do magistrado a obrigatoriedade de examinar os fatos à luz do compêndio probatório acostado aos autos, muitas vezes verdadeiras montanhas de papéis. Nesse sentido, é plausível admitir-se, então, que uma das funções mais importantes da função jurisdicional, na atual ordem jurídica e que integra a própria noção de efetividade processual já aludida, fica relegada ao ostracismo. Trata-se da função pedagógica, vale dizer, quando o magistrado atua em face do caso concreto, examinando as provas com técnica, justiça e imparcialidade e pronuncia uma decisão de mérito, a parte vencida, a teor do art. 5º, XXXV, compreenderá, em certa medida, que não compensa “ameaçar” ou “lesar” direitos. Quando se impõe a conciliação, a função pedagógica do processo fica descaracterizada, pois nem sempre o acordo tem como aporte obrigatório a compensação ou reparação integral do dano ou da ameaça de direito sofrida.

Nesse sentido, em vez de conter a cultura de “litigiosidade da sociedade”, a que aludiu a então ministra do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie – a conciliação desafoga o Poder Judiciário, mas a efetividade processual, prevista

constitucionalmente, é frustrada e a função pedagógica do processo, negada. A tendência, nesse sentido, é aumentar a demanda por mais justiça, pois os grandes “clientes” do Poder Judiciário são justamente os assim chamados *hipersuficientes*, vale dizer, instituições financeiras, bancos, operadoras de telefonia, planos de saúde e outros grupos megaeconômicos além, claro, da própria Fazenda Pública.

Sustenta-se, desse modo, que a tutela da hipossuficiência econômica carece de concretização e que a campanha nacional de conciliação, instituída oficialmente pelo Conselho Nacional de Justiça omite um discurso estruturalmente autoritário.

A necessidade de o magistrado fundamentar suas decisões não é regra que se aplica somente no interesse das partes. Ao contrário, tal princípio revela, uma vez mais, a paulatina mudança da concepção do Estado Liberal para o Estado Social e Democrático de Direito, tendo em vista que naquele, o destinatário da motivação era somente o legislador e, neste, os cidadãos, o próprio juiz e a opinião pública em geral.

É por meio da fundamentação de suas decisões que se possibilita a fiscalização do exercício do poder jurisdicional atribuído ao magistrado. Este é o pensar de Rui Portanova, citado por Oliveira Neto (2008).

Uma vez esmiuçada a problemática da efetividade processual bem como o seu caráter normativo e, portanto, impositivo face ao texto constitucional, impõe-se a análise da conciliação como forma alternativa de solução de conflito. Para privilegiar a precisão conceitual, calha

estabelecer os limites e contornos do que seja, no sistema processual brasileiro, a conciliação.

Para Mancuso (2012), a conciliação, seja na fase pré-processual ou na fase processual, é forma autocompositiva de solução de conflitos dotada de alto grau de eficácia, posto que, quando os transatores pactuam livremente a fórmula a ser adotada para resolução da lide, tal situação se preordena à estabilidade e duração, atingindo-se a tão desejada pacificação social dos conflitos.

Todavia, a reconhecida e escandalosa desigualdade no e em face do processo, produz efeitos deletérios não apenas no âmbito do processo judicial, mas, também, no bojo da composição do conflito.

Eis aí um dos pontos nevrálgicos da pesquisa em tela: a grande contradição entre o “Movimento Conciliar é Legal” e a efetividade processual como condição indispensável à concretização dos direitos fundamentais. Conforme constata Mancuso (2012, p. 123), pode dar-se que a parte mais fraca – financeira ou culturalmente – se predisponha a aceitar um acordo iníquo ou injusto, mormente nos casos de composições celebradas extrajudicialmente, que depois são levadas à homologação judicial (art. 515, II do CPC/2015). Observa o doutrinador paulistano que:

[...] na experiência brasileira, há alguns anos, a mídia repercutiu certa ação judicial movida por conhecido cantor popular, notoriamente abastado, contra pessoa que houvera escrito sua biografia, pleiteando interdição da obra e indenização por dano moral, em face da divulgação de certos acontecimentos da vida particular do biografado; segundo divulgado nos jornais, o processo terminou em acordo, e, assim, ao menos formalmente, o conflito fora *composto* amigavelmente (MANCUSO, 2012, p. 123).

Trata-se da biografia do conhecido e conclamado cantor brasileiro Roberto Carlos, escrita pelo jornalista e historiador baiano Paulo César de Araújo, no livro intitulado “Roberto Carlos em Detalhes”, lançado em 2006 pela Editora Planeta.

O livro, biografia não-autorizada, consistiu na compilação de uma pesquisa de dezesseis anos e reuniu depoimento de cerca de duzentas pessoas que teriam participado da trajetória artística do cantor. A obra vendeu 22 mil exemplares até a sua produção e venda ser proibida por determinação da 20ª Vara Criminal da Barra Funda, na cidade de São Paulo.

Em casos tais, onde as partes estão em notório desnível econômico-patrimonial, a composição celebrada nos autos não garante que, substancialmente, tenha havido uma vera transação (a qual pressupõe concessões recíprocas – CC/2002, art. 840), e, não raro, mais se aproxima de uma submissão, em forma de reconhecimento do pedido, isto é, aceitação dos fatos e também das consequências jurídicas que dali extrai a contraparte.

O exemplo serve para demonstrar que a conciliação – e aqui Mancuso evita utilizar o conceito, substituindo-o sutilmente por “solução suasória” – não é, necessariamente, indicativo, garantia ou sinônimo de composição “justa” do conflito, porque esse qualificativo – e não a eliminação da pendência – é que confere legitimidade aos meios ditos alternativos de resolução das controvérsias, tais a conciliação, a mediação, a intervenção neutra de terceiro e a arbitragem.

Veja-se, a propósito, o conteúdo do discurso ideológico disseminado pelo Conselho Nacional de Justiça no que tange à conciliação:

Durante uma semana, 56 Tribunais realizaram 306 mil audiências de conciliação em todo o país. Nessas audiências, 44,3% dos processos foram solucionados de forma definitiva, evitando o congestionamento do sistema e impedindo frustrações para as partes envolvidas. Os valores acordados chegaram à cifra aproximada de R\$ 1 bilhão [...]. Ao longo de 2008, o CNJ dedicou-se à formação profissional de conciliadores. Mutirões foram realizados em todos os Estados e só um grupo de trabalho criado junto ao INSS resultou na solução de mais de 100 mil processos [...]. A conciliação preserva a garantia constitucional de acesso à justiça e consolida a ideia de que um acordo bem construído é sempre a melhor solução. Com a divulgação necessária, é possível disseminar em todo o país a cultura da paz e do diálogo, desestimulando condutas que tendam a gerar conflitos e proporcionando à sociedade uma experiência de êxito na composição das lides (MANCUSO, 2009, p. 21).

Atente-se que a informação acima transcrita, muito além de “informar”, realiza verdadeiro “marketing institucional” da Campanha Nacional de Conciliação, criada pelo Conselho Nacional de Justiça em 2006. Não se trata de construir um discurso inflamado contra o propósito do CNJ, tarefa incogitável nessa pesquisa. Trata-se, contudo, à luz da doutrina brasileira do neoconstitucionalismo e da teoria crítica do direito, de verificar que o discurso ora proferido opera sob o manto disfarçado de uma ideologia estruturalmente autoritária.

Como se lê na própria notícia, o INSS, autarquia federal, realizou mais de 100 mil acordos. Não se esclareceu, contudo que, em regra, a conciliação pressupõe renúncias recíprocas. Quem demanda contra o poder público, a exemplo do INSS, tem conhecimento de que, se não aderir aos termos do acordo, estará

sujeito a uma verdadeira *via crucis*, a iniciar-se com a potencial possibilidade de irritar objetivamente o magistrado. Isto porque, o próprio CNJ, por meio de seu poder normativo, conforme analisado no subitem anterior, estipula metas de produtividade de questionável legitimidade.

O prestígio da judicatura fica à mercê do alcance ou não dessas metas. Frustrado o acordo, o magistrado, condutor da audiência, tem noção de que terá que pronunciar uma sentença de mérito, o que lhe exigirá a devida fundamentação que, conforme já avençado, é condição *sine qua nom* de validade e integridade da sentença na sistemática jurídico-constitucional esboçada no art. 93, IX do Texto Magno. Para fundamentar, terá que despender seu precioso tempo na análise de um conjunto probatório mais ou menos extenso, bem como analisar, detidamente, a norma aplicável à espécie.

Por outro lado, ainda que o magistrado, embora frustrado com a negativa de acordo profira uma decisão de mérito favorável ao segurado – “o que provavelmente ocorrerá, tendo em vista ser o magistrado, na maioria dos casos, pessoa honrada e comprometida”, conforme salientou Peleja Júnior (2011), o INSS, muito provavelmente, irá recorrer de tal decisão, posto que, por ser uma autarquia federal, conta com o apoio especializado de uma Procuradoria, além das prerrogativas processuais, como o prazo em dobro para recorrer e a inexigência do recolhimento do preparo para o recurso.

Essa realidade é cabalmente omitida pelos meios de comunicação de massa. Eis aí uma grande contradição entre o “Movimento Conciliar

é Legal”, proposto pelo Conselho Nacional de Justiça e o princípio da efetividade processual.

Nesse sentido, é de bom alvitre a ponderação operada pelo magistério de Chauí (2010) que, a partir de complexas operações do pensamento, da razão e da reflexão crítica, põe em relevo a discussão do papel da mídia face ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o poder.

Chauí (2010) entendeu que os meios de comunicação de massa tornaram irrelevantes as categorias da verdade e da falsidade e as substituíram pelas noções de credibilidade ou plausibilidade e confiança. Nesse sentido, com base nas palavras de Christopher Lasch, Chauí (2010) denuncia que os fatos cederam lugar a declarações de “personalidades autorizadas”, que não transmitem informações, mas preferências, as quais se convertem imediatamente em propaganda. Nesse sentido, tem-se a ilusão de que a propaganda é informação.

No caso do Estado, a sutileza consiste em aumentar propositadamente a obscuridade do discurso para que o cidadão sinta tanto mais informado quanto menos puder raciocinar, convencido de que as decisões políticas estão com especialistas (críveis e confiáveis) que lidam com problemas incompreensíveis (CHAUÍ, 2010)

Questiona a filósofa paulistana: qual a base de apoio da credibilidade e da confiabilidade? Para Chauí, trata-se do apelo à intimidade, à personalidade, à vida privada como suporte e garantia da ordem pública. Nesse sentido, releva saber que os códigos da vida pública passam a ser determinados e definidos pelos códigos da vida

privada, abolindo-se a diferença entre espaço público e espaço privado.

Essa verificação traz como consequência a constatação de que a privatização do social e do político destrói uma relevante categoria essencial das democracias, qual seja, a opinião pública. Inicialmente, a opinião pública era definida como a expressão, no espaço público, de uma reflexão individual ou coletiva sobre uma questão controversa e concernente ao interesse ou ao direito de uma classe social, de um grupo ou mesmo da maioria. A opinião pública era um juízo emitido em público sobre uma questão relativa à vida política, era uma reflexão feita em público e por isso definia-se como uso público da razão e como direito à liberdade de pensamento e de expressão (CHAUÍ, 2010). A opinião pública cede espaço para a ideologia da competência, no sentido de que “não é qualquer um que pode falar qualquer coisa em qualquer lugar, mas tão somente pessoas previamente autorizadas” (CHAUÍ, 2003, p. 72).

Com supedâneo na reflexão empreendida por Chauí (2003), importa destacar a diferença entre o que Boaventura de Sousa Santos (*apud* MANCUSO, 2012, p. 121) denominou “litigantes frequentes” e “litigantes esporádicos”, ou, na terminologia empregada por Mancuso (2012, p. 120), “litigantes habituais” e “litigantes eventuais”.

Os litigantes habituais ou frequentes trabalham sua economia de escala em sua relação com a Justiça estatal: têm departamento jurídico próprio, contratam advocacia de partido, ou mantêm Procuradorias organizadas. Desse modo, verbera Mancuso (2011), os litigantes habituais

não são propriamente prejudicados pelas mazelas e deficiências da justiça oficial. Aliás, na maior parte das vezes, essa classe de litigantes tira proveito, pois, quanto pior for a qualidade da prestação jurisdicional – incluindo-se aí a noção de razoável duração do processo – melhor para os seus interesses.

Já os litigantes eventuais raramente comparecem ao serviço judiciário estatal, e, por isso mesmo, os ônus, encargos e riscos inerentes ao processo lhes pesam extraordinariamente.

Não é difícil constatar, com base nos dados disponibilizados pelo próprio Conselho Nacional de Justiça, que o principal litigante que assoberba a pletora de feitos no Poder Judiciário é a Fazenda Pública, ou seja, o próprio Estado. Com apoio nos dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, que teve por base os processos não baixados definitivamente até 31 de março de 2010, numa lista que contempla os cem maiores litigantes temos: 1) INSS – Instituto Nacional do Seguro Social; 2) CEF – Caixa Econômica Federal; 3) Fazenda Nacional; 4) União, e 5) Banco do Brasil.

Em dados percentuais, o Conselho Nacional de Justiça constatou que o setor público (federal, estadual e municipal), bancos e telefonia representam 95% do total de processos dos cem maiores litigantes nacionais. Tratam-se, sem sombra de dúvidas, dos aqui denominados litigantes habituais.

O “I Relatório Supremo em Números – o múltiplo Supremo”, realizado por Joaquim Falcão, Pablo de Camargo Cedeira e Diego Weneck Aguelhes, com apoio da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, em

abril de 2011, demonstra que o grande usuário do sistema recursal do STF é o governo. O grande cliente do STF Recursal é de natureza pública, do Executivo Federal.

O relatório revela que, nominalmente, as principais partes nos recursos junto ao STF são: 1) Caixa Econômica Federal – 18,87%; 2) União – 16,48% dos processos; 3) INSS – 14,87% dos processos. Revela-se, ainda, que: 1) os três primeiros colocados no *ranking* dos clientes habituais figuram em mais de 50% dos processos do Supremo Recursal; 2) não são simplesmente os recursos que afogam o Supremo – são os recursos de algumas poucas partes, quase todas do Poder Executivo.

A conclusão a que se chega, dispõe o relatório, é que os processos recursais dominam o STF com larga vantagem, representando 92% dos casos. Entretanto, apenas 10 partes respondem por quase 65 % desses processos. E desses dez maiores litigantes, nove são diretamente ligados ao Poder Executivo.

Por fim, o relatório descreve: o maior responsável por essa grande quantidade de recursos não é o cidadão comum, que litiga em excesso, mas um agente muito bem definido: o Poder Executivo, em especial o da esfera federal (MANCUSO, 2012).

Profícua é a análise de Boaventura Santos (*apud* MANCUSO, 2012,) acerca da relação jurídico-processual entre os litigantes habituais e eventuais – a que ele denomina frequentes e esporádicos. Para o sociólogo e jurista português, o valor do litígio é demasiado importante, relativamente à sua dimensão, ou demasiado pequeno, relativamente ao custo da reparação,

para poder ser gerido de forma racional e rotineira. Tudo se passa diferentemente para o litigante frequente: ele programa e estrutura as suas relações contratuais de forma a garantir a sua defesa em caso de eventual conflito, sendo muitas vezes ele próprio a escrever o contrato. Além disso, tem um fácil acesso a especialistas e beneficia de economias de escala, sendo baixo o investimento inicial para cada litígio.

Ademais, o litigante frequente tem oportunidades para estabelecer relações informais com os responsáveis das instituições nos diferentes níveis hierárquicos, além de ter uma reputação como litigante que se esforça por manter como meio para tornar mais credíveis as suas posições.

Pode ainda arriscar-se a litigar em ações onde não são claros os seus direitos, na medida em que o fato de litigar com frequência o leva a calcular as suas vantagens relativamente ao conjunto de situações, minimizando os altos riscos que possam existir num caso ou noutro.

Pode e tem interesse em influenciar, não só o próprio conteúdo das leis, materiais ou processuais, mas também a sua interpretação, para que ambas lhe sejam favoráveis, visto ser frequentemente afetado por elas (SANTOS *apud* MANCUSO, 2012).

Ainda que tal constatação cause perplexidade, posto que denota a severa desigualdade, de fundo e de forma, para Mancuso (2012) pode-se entender que tal desequilíbrio entre as partes, no processo e em face dele, acaba por espelhar ou reproduzir a imensa dificuldade para assegurar tratamento isonômico entre as pessoas físicas e jurídicas em geral, na norma e

perante ela. Entretanto, a Constituição Federal garante essa igualdade (art. 5º, *caput* e inciso I) e o CPC atribui ao juiz o dever de zelar por ela (art. 139, I).

Destaca Teotônio (2007) o fato de que, em regra, o Estado, como sujeito processual, na maioria das vezes comparece em juízo com ações, exceções e recursos meramente protelatórios, o que impede que a Justiça possa efetivamente distribuir cidadania e dignidade aos demais jurisdicionados. Nessa linha de raciocínio, adverte o autor que, muito do que é atribuído como mazela do Judiciário poderia, sem muito esforço, ser minimizado pela atuação desnecessária do Executivo. Considera-se que este é o principal responsável por condutas gritantes e inexplicavelmente ilegais pela prática de recorrer apenas para ganhar tempo e, quiçá, transmudar o pagamento de suas dívidas a futuros governantes ou, ainda, esperar que a parte contrária se canse da morosidade e da indiferença da cúpula do Judiciário (TEOTÔNIO, 2011).

Por elucidativa que é, importante consignar que, na experiência Norte-americana, tão inclinada às ADR's – *Alternative dispute resolutions*², a norma 16 das *Federal Rules of Civil Procedure*³, incentiva a intervenção judicial em ordem à resolução suasória (conciliação) do conflito.

Entretanto, essa vertente – que se contrapõe à resolução judicial – não é uma unanimidade entre os especialistas, conforme observa Mancuso (2012). Owen Fiss, Professor da

Universidade de Yale, afirma não acreditar que o acordo, como parte genérica, seja preferível ao julgamento ou deva ser institucionalizado em uma base extensa e ilimitada. Deveria, antes, ser tratado como uma técnica altamente problemática para simplificação dos registros dos incidentes processuais ocorridos durante o desenvolvimento do processo.

O acordo no processo civil, para Owen Fiss, é análogo à transação penal: geralmente, o consentimento é obtido via coação. A transação pode ser realizada por alguém que não possui autoridade. A ausência de instrução processual e de julgamento cria um problemático envolvimento do juiz. Embora os fichários sejam abreviados, a justiça pode não ter sido feita.

Ainda, para Owen Fiss, como a transação penal, o acordo é uma rendição às condições da sociedade de massa e não deveria ser encorajado ou valorizado.

É notório que a posição do Professor Owen Fiss adequa-se perfeitamente à ideia que se pretende sustentar: a contradição entre o “Movimento Conciliar é Legal” e o princípio da efetividade processual. Porém, Mancuso (2012) critica a posição de Fiss, aduzindo que:

Ponderáveis que sejam, até certo ponto, tais objeções, elas todavia não infirmam o fato básico de que a resolução dos conflitos – seja pela justiça oficial ou pelos outros meios auto e heterocompositivos – não pode ser informada pela obsessiva procura do *ponto ótimo*, ou seja, pela obstinada busca daquele altiplano ou daquele nirvana que seja pleno de vantagens e isento de incertezas, riscos e ônus. Tal expectativa é claramente utópica e irrealista, bastando considerar que tanto a decisão judicial de mérito como a solução consensual derivam de obra humana, como tal falível, tanto podendo dar-se que o juiz incida em grave *error in iudicandum vel procedendum*, como também o conciliador, mediador ou árbitro podem se

² Em tradução livre: meios alternativos de solução de conflitos.

³ Idem: Regras Federais de Processo Civil.

equivocar na fórmula concretizada através de sua intervenção. Isso, mormente nos Juizados Especiais, onde o *juiz leigo* está autorizado a proferir *decisão* (sic), embora *ad referendum* do juiz togado (Lei 9.099/1995, art. 40 (MANCUSO, 2012, p. 124).

É plausível afirmar, na esteira dos ensinamentos de Leal (2012), que a conciliação, inobservadas certas peculiaridades, pode representar sério obstáculo ao direito de acesso à justiça. Com supedâneo na doutrina de Cappelletti e Garth, Leal (2012), no tocante ao direito de acesso à justiça vaticina que:

as custas judiciais representam um impedimento para que muitos cidadãos procurem o Judiciário, assim como os honorários advocatícios. Esse problema tem especial importância com relação às chamadas ‘pequenas causas’, cujos custos podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda mera futilidade. Também o tempo consumido até que o processo termine é devastador para as partes, porque aumenta os gastos e pressiona os economicamente mais fracos a abandonar suas causas ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito (LEAL, 2012, p. 64).

No afã de demonstrar a fragilidade de alguns “projetos” propostos pelo Conselho Nacional de Justiça, Peleja Júnior (2011), analisa a “Meta 2” do CNJ. Por essa meta, todos os processos distribuídos até dezembro de 2005 deveriam ser julgados até 31.12.2009. A finalidade do órgão não seria outra, a não ser forçar o julgamento de causas num tempo determinado, ignorando, todavia, diversas particularidades dos casos concretos. Peleja Júnior (2011), observa que tal desiderato esbarra nos seguintes fatores: a) desconsidera as especificidades dos processos *per se*; b) desconsidera os fatores que devem ser analisados para se verificar se o processo é moroso, dentre os quais, a complexidade da causa, o comportamento das partes e de seus advogados,

centrando foco exclusivamente no órgão judicial, que é o terceiro fator; c) desconsidera a situação das Varas Judiciais abarrotadas de processos; d) Provoca uma aceleração forçada no julgamento, o que pode ocasionar um número maior de erros judiciais; e) representa uma pressão desmedida aos juízes; f) provoca um comportamento judicial mais duro em relação a diversos processos em estado letárgico face à ausência de provocação das partes; g) não considera as especificidades de muitas ações com ritos diferenciados, cuja solução depende do órgão judicial. Ex.: inventário que é atrelado ao pagamento dos impostos devidos para sua devida solução.

A indisponibilidade orçamentária não pode, por si só, servir de argumento para justificar a dificuldade de se efetivar o direito de acesso à justiça. Com esteio na doutrina de Galdino, Peleja Júnior (2011) adverte que o condicionamento da implementação de um direito fundamental à disponibilidade orçamentária é uma interpretação equivocada do fenômeno porque, por meio dela não se analisa o fenômeno é analisado parcialmente. A análise global do fenômeno permite entrever o engano.

Deveras, ao dizer-se que o orçamento público não pode suportar determinada despesa que, no caso em tela, destinada à efetivação de direitos fundamentais, e tendo como parâmetro a noção de custos como óbices, quer-se necessariamente designar um orçamento determinado. Galdino observa que os recursos públicos são captados em caráter permanente, vale dizer, a captação não cessa, de forma que, a rigor, não são completamente exauridos. Assim sendo, nada obstará a que um orçamento

posterior assumisse a despesa em questão. Sem embargo dessa possibilidade muitos autores argumentam que esse argumento – a exaustão da capacidade orçamentária – constitui um meio de frustrar a proteção dos direitos fundamentais (GALDINO *apud* PELEJA JÚNIOR, 2011).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ineficácia do princípio da razoável duração do processo que, com já desenvolvido alhures, compromete o princípio da efetividade processual, já foi quase que exaustivamente enfrentado pela doutrina pátria. Para Lopes, citado por Hoffman (2008), as causas da morosidade da justiça são várias: anacronismo da organização judiciária; falta de recursos financeiros, deficiências da máquina judiciária, burocratização dos serviços, ausência de infraestrutura adequada, baixo nível do ensino jurídico e aviltamento da remuneração dos servidores.

Ensina Hoffman (2008) que nenhuma dessas causas explica, isoladamente, o quadro atual de lentidão dos processos. É latente, portanto, que nossa anacrônica organização judiciária é responsável, em grande medida, pela dissonância existente entre a modernidade de nosso processo e o atraso na distribuição da justiça (LOPES *apud* HOFFMAN, 2008).

É imprescindível, na moderna sistemática processualista brasileira, repensar os privilégios processuais da Fazenda Pública em todos os níveis. É que o Estado, como pessoa jurídica de direito público, é o maior cliente do Poder Judiciário, segundo pesquisa publicada pelo Conselho Nacional de Justiça.

Conforme corrobora o entendimento de Hoffman (2008), infelizmente não interessa a um Estado que é o principal “consumidor” do “produto da Justiça” que os processos andem de forma mais rápida, assim como não têm os políticos vontade política em investir correta e seriamente no Poder Judiciário, uma vez que a melhora não seria rapidamente sentida, não se convertendo, por consequência, automaticamente em votos.

Fornaciari Júnior (*apud* HOFFMAN, 2008) colaciona a tese de que o desinteresse do Estado pelo destino da Justiça, decerto porque em qualquer confronto de contas, ele é mais devedor do que credor, não o fez fornecer e atualizar, também, materialmente, as estruturas do Poder, de modo a inviabilizar a comprovação prática da eficiência dos institutos incorporados, àquela época, ao nosso sistema.

Sob a argumentação expendida, pode-se aduzir, ainda, que o ponto crucial da ineficácia social do princípio constitucional da efetividade processual está umbilicalmente ligada à evidente falta de interesse dos governantes em investir corretamente no Poder Judiciário.

Tornam-se retóricas as constantes alterações de leis e a criação de novos códigos, tendo a lei sempre por imperfeita, incompleta e responsável maior pelo problema da morosidade judicial, sem se concentrar esforços e criar mecanismos de pressão para obrigar os governantes a realizar os devidos e corretos investimentos para a instrumentalização da máquina judiciária. A melhor lei será sempre insuficiente se introduzida numa estrutura arcaica e inoperante. (HOFFMAN, 2008).

No tocante ao posicionamento de Mancuso (2009), que defende a ideia de que o monopólio da jurisdição pelo Estado é ideia ultrapassada e que necessitaria de uma flexibilização, ao mesmo tempo em que seria a cultura demandista a maior responsável pela inefetividade do processo, com todo respeito ao juriconsulto, ousa-se discordar.

Ademais, não convence o argumento de que a autocomposição é melhor que heterocomposição, como ponderou Mancuso (2011). Em primeiro lugar, vê-se que os números apresentados pela pesquisa que o próprio autor menciona, contradiz a sua tese. Isto é, inexiste cultura demandista em geral, posto que, em um grupo de mais de 100 mil entrevistados, apenas 33% procuraram o Poder Judiciário para solucionar algum tipo de conflito.

Ora, não havendo essa cultura demandista, como apontada, é insustentável a tese da inefetividade processual pelos argumentos esposados pelo autor. A falta de comprometimento do Estado com a concretização dos direitos fundamentais, por exemplo, é tema não enfrentado pelo doutrinador. Isto porque, como se defendeu, o reaparelhamento do Poder Judiciário, por meio da valorização dos serventuários e juízes, do uso de novas tecnologias, de uma infraestrutura adequada, é condição indispensável para que a jurisdição enquanto manifestação da soberania do Estado cumpra o seu escopo.

Outrossim, embora razoável as ponderações tecidas por Mancuso (2009) no que toca à valorização dos assim denominados “equivalentes jurisdicionais”, não se pode deixar de registrar que a crítica que se propõe parte da

consideração da necessidade de se valorizar, sem sombra de dúvidas, meios alternativos de solução de controvérsias a fim de desafogar o Poder Judiciário e possibilitar, em tese, a concretização de sua função institucional.

Entretanto, a inoperância e falta de efetividade de princípios constitucionais afetos ao processo, a exemplo do princípio da razoável duração do processo e da inafastabilidade do controle jurisdicional, não devem ser negligenciados.

O que se nota é que, embora inexista essa cultura demandista e, do mesmo modo, ainda que os equivalentes jurisdicionais assumam cada vez mais relevância ao ocupar, ao lado do Poder Judiciário, o papel de solução de controvérsias, o Estado brasileiro tem agido no compasso de uma execrável contumácia, ao deixar de enfrentar o problema da falta de efetividade do processo sob a ótica da ausência de políticas públicas direcionadas a tornar concreta a possibilidade de real funcionamento da máquina judiciária.

O superdimensionamento do Poder Judiciário não pode ser visto como uma espécie de panaceia a solucionar imediata e definitivamente a crise do Poder Judiciário. Está posta à evidência a ideia de que a mudança de mentalidade dos operadores do direito (advogados, juízes e promotores) e a mudança de alguns paradigmas, como a atualização do contraditório e da ampla defesa face ao princípio da razoável duração do processo, são questões que precisam ser enfrentadas.

Desse modo, ainda que o aumento do número de juízes, fóruns e serventuários implique onerar o erário, tal fato não pode ser visto como

obstáculo para impedir ou dificultar a realização do pleno acesso à justiça.

Como se viu, para Mancuso (2009), defender o acesso pleno e irrestrito à justiça significa transmutar o “direito de ação” em “dever de ação”. Respeitosamente, tal afirmação é de todo carente de lógica argumentativa, pois, no dia-a-dia, é possível perceber que os cidadãos não encaram o direito de acesso à justiça como dever.

Logo, defendeu-se a assertiva de que não é correto afirmar que a ideia de “monopólio estatal” está superada. Isto porque, sem embargo da existência de “equivalentes jurisdicionais”, a exemplo da arbitragem, da mediação e da conciliação, a jurisdição, como meio heterocompositivo por excelência, foi atribuída com exclusividade ao Estado. Nenhum outro meio de solução de controvérsias opera com todas as características da jurisdição: inércia, imparcialidade, substitutividade, definitividade e unidade, entre outras.

Ademais, as causas do desprestígio da função judicial e da frustração dos jurisdicionados não pode ser atribuída tão somente à universalização do acesso à Justiça, como parece ter sido a tese defendida por Mancuso (2009).

Do mesmo modo, “contextualizar” o princípio da igualdade e do acesso à justiça, como propôs o autor, representa, na linha da doutrina majoritária, uma violência velada aos direitos fundamentais do cidadão e, mais uma vez, coloca em risco a própria noção de democracia. Isto porque, conforme já assentado, a efetividade dos direitos fundamentais descritos na Carta Política de 1988, sejam individuais ou sociais, depende

sobremaneira do acesso amplo e irrestrito à justiça.

O princípio da máxima efetividade das normas constitucionais impõe uma “contextualização” que amplie os horizontes de possibilidade de concretização do direito ao acesso à justiça e não o contrário.

Em que pese a argúcia dos sólidos argumentos sustentados por Mancuso (2009) no que concerne à crítica à doutrina proposta por Owen Fiss, ousa-se discordar. Num primeiro plano, observou-se que, em toda sua obra, o autor pretende supervalorizar os meios alternativos de solução de controvérsias – os equivalentes jurisdicionais (mediação, arbitragem e conciliação) em detrimento da jurisdição. Para tanto, cria conceitos como “cultura demandista”, “superdimensionamento do Poder Judiciário”, “gigantismo do Poder Judiciário”, “cultura de litigiosidade” etc.

Mancuso (2009) pretende sustentar que a crise que solapa a jurisdição, enquanto função soberana do Estado, seria a insistência na manutenção de institutos arcaicos (monopólio da jurisdição, para citar um exemplo) bem como na interpretação equivocada do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que positiva o princípio do acesso à justiça.

Lamentavelmente, e num segundo plano de análise, o autor não trabalha com propostas concretas voltadas ao arrefecimento da crise do Poder Judiciário, insistindo em valorizar os meios alternativos de solução de controvérsias pretendendo, dessa forma, ressignificar os princípios constitucionais à luz de uma

hermenêutica desprovida de embasamento teórico consistente.

O problema da corrupção política, do sucateamento da estrutura física do Poder Judiciário, da carência de serventuários e de juízes, da má-administração de recursos, entre outros, são questões relegadas a um segundo plano ou, quando enfrentadas, o são de forma diametralmente oposta a uma interpretação que valorize o princípio da máxima efetividade da Constituição e da supremacia de seu Texto, como, por exemplo, sustentar que o aumento da infraestrutura física por meio da construção de mais fóruns, da contratação de mais juízes, o investimento em tecnologia, em planejamento etc., representa aumento dispendioso ao erário, o que seria, surpreendentemente, inviável.

Quanto à sentença homologatória, a incidência do duplo grau de jurisdição é bem mais estreita, posto que, se a conciliação, vale dizer, o acordo não tiver maculado pelos vícios do consentimento (dolo, coação ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa), dificilmente haverá hipótese em que aquela decisão homologatória poderá ser reformada.

Não obstante, a conciliação deve, sem sombra de dúvidas, ser valorizada. Mas dentro do limite do razoável e do possível, desde que respeitadas as garantias do devido processo legal, do acesso à justiça e não haja violação à dignidade da pessoa humana.

A proteção pensada pelo constituinte só será de todo garantida quando as pessoas tiverem, de fato e de direito, acesso a uma justiça diferente da que hoje dispõem. Os direitos fundamentais só serão efetivamente protegidos

quando seus titulares tiverem ascensão a um Poder Judiciário que esteja pronto para atendê-los com a presteza que a situação concreta exigir. Como instrumento a serviço da aplicabilidade e da efetividade dos direitos fundamentais, o processo, desde que rápido e eficiente, é imprescindível e a celeridade processual é condição indispensável da real efetivação das normas fundamentais (LEAL, 2012).

Perdesoli (2011) e Leal (2011), ensinam que é possível defender a ideia de que a conciliação, como meio alternativo de solução de litígios, encampada no “Movimento Conciliar é Legal”, proposta pelo Conselho Nacional de Justiça e caída nas graças dos meios de comunicação social, estaria, de certo modo, realizando uma “troca” de uma solução insatisfatória por outra.

A heterocomposição, que é demorada, onerosa, imprevisível e impactante, estaria sendo substituída por uma autocomposição não pacificadora, injusta, não equânime, desarrazoada, inponderada. Ora, se a conciliação, ainda que promovida ou incentivada pelos órgãos oficiais, não levou em conta as desigualdades substanciais entre os contendores, não pode ser considerada meio alternativo ou, para utilizar a expressão de Mancuso (2009), equivalente jurisdicional. Uma virtude é equacionar a crise, lidar com ela, buscando resolvê-la com justiça. Outra, bem diferente, é livrar-se dela a qualquer preço.

As metas de produtividade estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, atreladas ao Movimento Conciliar é legal, afrontam sobremaneira o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional e, por consequência, o acesso à justiça.

Nessa ordem de considerações, não é exagero afirmar que os fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito e os princípios que lhes dão sustentação, como a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, correm o risco de se transformarem em mera ficção jurídica, não passando de letra morta ou de mera concessão teórica, conforme vaticinou Teotônio (2007).

Jean Cruet, citado por Teotônio (2011), constata que uma justiça lenta e cara diminui em grande parte a eficácia dos textos legislativos. Qual é o indivíduo que não está disposto a aceitar a soma de ilegalidades equivalente à soma dos sacrifícios a fazer ou os desgostos a suportar para obter judicialmente a sua reparação? Há nesse particular uma espécie de quebra dos nossos direitos legais, variável conforme a perfeição da organização judiciária (CRUET *apud* TEOTÔNIO, 2011).

É de todo plausível a tese de que o Poder Judiciário deveria contratar profissionais de administração pública para gestão das atividades meramente burocráticas e de gastos com pessoal e material, retirando os magistrados dessas atribuições meramente administrativas. Admitiu o Teotônio (2007) que, desse modo, o juiz teria mais tempo para analisar os casos concretos submetidos à sua apreciação. Isto porque, conforme destacou, os magistrados não são treinados ou preparados para o exercício de atividades administrativas, atividades que lhe demandam tanto tempo e esforço, retirando-os das suas atividades processuais, o que contribui amiúde para a morosidade e descrédito da justiça (TEOTÔNIO, 2011).

Por fim, como defendido por Hoffman (2008), a efetividade do princípio do acesso à justiça é condição *sine qua non* da efetividade dos outros princípios constitucionais e realização mesma da noção do Estado Social e Democrático de Direito. Se o Estado não garante o acesso à justiça, vale dizer, um processo célere, justo e eficaz, a ordem jurídica estabelecida, incluindo aí a noção de direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana não passa de ficção jurídica. E o projeto oficial batizado sob a rubrica “conciliar é legal” demonstra, a rigor, um discurso desconectado com a prática, face à inércia estatal operada pela letargia dos poderes públicos constituídos que, até o momento, não se ressentem da inefetividade da jurisdição enquanto manifestação da soberania do Estado.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- CHAUÍ, Marilena. *O que é Ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 2003.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CHAUÍ, Marilena. *Simulacro e poder*. Uma análise da mídia. São Paulo: Perseu Abramo, 2010.
- COELHO, Luiz Fernando. *Teoria Crítica do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade dos direitos fundamentais sociais*. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Temas de teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2007 (pp. 71-112).
- GONÇALVES, Érika Bento. *Tempo morto*. *Processos passam 95% do tempo nos cartórios judiciais*.

Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 17 nov. 2007. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2007-nov-17/processos_passam_95_tempo_cartorios_judiciais>. Acesso em 18 de outubro de 2012.

HOFFMAN, Paulo. *Princípio da razoável duração do processo*. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (orgs). *Princípios Processuais Cíveis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008 (pp. 321-346).

LEAL, Fábio Resende. *A celeridade processual como pressuposto da efetividade dos direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro; LOPES, João Batista. *Princípio da efetividade*. In: NETO, Olavo de Oliveira; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (orgs). *Princípios Processuais Cíveis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008 (pp. 241-253).

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*. Condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRA, Rodrigo da Cunha Lima (orgs.). Terceira Etapa da Reforma do Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado. Salvador: Juspodivm, 2007 (pp. 285-297).

MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. *Funções sistemática e normogênica do princípio da duração razoável do processo (a possível utilidade da norma)*. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRA, Rodrigo da Cunha Lima (orgs.). Terceira Etapa da Reforma do Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado. Salvador: Juspodivm, 2007 (pp. 109-122).

MONFARDINI, Luciano Pasoti. *Efetividade do processo civil: um singelo esboço histórico e uma despretensiosa investigação conceitual doutrinária à luz das necessidades de sempre e das tendências modernas*. Disponível em

<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32091-37900-1-PB.pdf>, acessado em 17/04/2012.

MONTEIRO, Geraldo Tadeu M; SAVEDRA, Mônica Maria G. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. Manual Prático para Elaboração e Apresentação de Monografias. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Sistema Regras e Princípios na Constituição Brasileira de 1988*. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (orgs). *Princípios Processuais Cíveis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008 (pp. 1-25).

OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Princípio da fundamentação das decisões judiciais*. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (orgs). *Princípios Processuais Cíveis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008 (pp. 193-214).

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Conselho Nacional de Justiça e a magistratura brasileira*. Curitiba: Juruá, 2011.

PERDESOLI, Christiane Vieira Soares. *Conselho Nacional de Justiça*. Atribuição Regulamentar no Brasil e no Direito Comparado.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*. In: NETO, Olavo de Oliveira; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (orgs). *Princípios Processuais Cíveis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008 (pp. 47-77).

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SOUZA, Vinicius Roberto; CATANA, Luciana Laura Tereza Oliveira. *Ensaio sobre a Teoria Crítica do Direito no Brasil*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-ago-03/ensaios-teoria-critica-direito-brasil>. Acesso em 17/07/2012.

TEOTÔNIO, Paulo José Freire. *Normas jurídicas inconstitucionais*. Leme: Pensamentos e Letras, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o*

princípio da segurança jurídica. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRA, Rodrigo da Cunha Lima (orgs.). Terceira Etapa da Reforma do Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado. Salvador: Juspodivm, 2007 (pp. 187-214).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. São Paulo: Forense, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *O advogado, a jurisprudência e outros temas de processo civil.* São Paulo: Quartier Latin, 2010