

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 44 • nº 175
Julho/setembro – 2007

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Conciliação judicial e a função social das profissões jurídicas

Uma análise etnometodológica do direito

Artur Stamford da Silva e Chiara Ramos

Sumário

Introdução: a abordagem dogmática da conciliação judicial. 1. A conciliação judicial como função social do advogado. 2. Relevância da pesquisa empírica para a ciência do direito. 3. A etnometodologia e os etnométodos. 4. Etnometodologia como programa de investigação. 5. Etnométodos e conciliação judicial.

Introdução: a abordagem dogmática da conciliação judicial

A doutrina processualista nacional e internacional teve como característica, desde a segunda metade do século XX, a mudança do paradigma formalista para o paradigma instrumentalista. Com isso, problemas como a onerosidade do processo, a insuficiência de recursos do poder judiciário, a complexidade da sistemática processual, o receio, a desinformação e a descrença no poder judiciário constituíram o ponto de partida para o paradigma instrumentalista. Vivemos a abertura para discussões em torno do acesso à justiça, da morosidade processual, da crise do judiciário e da relação judiciário-sociedade (CAPPELLETTI, 1988; CAPPELLETTI, 1994; DINAMARCO, 1995; SOUTO, 1978).

Como resultado dessa mudança de paradigma, identificamos, ao menos no processo civil brasileiro, recepções dessas novas tendências tais como as reformas do código processual civil pelas legislações: Lei nº 8.455/92, Lei nº 8.951/94, Lei nº 8.952/94

Artur Stamford da Silva é Professor Adjunto e Pesquisador da UFPE.

Chiara Ramos é Graduanda em Direito pela UFPE e Pesquisadora PIBIC/CNPq.

e Lei nº 8.953/94. Entre essas reformas, destacamos o crescente estímulo à auto-composição – não à autotutela –, quando as audiências conciliatórias, em vários juízos, inclusive o cível, surgiam como indicativo à superação da morosidade processual. A esperança na autocomposição foi apoiada por grande parte da doutrina processual nos mais diversos países que adotam o sistema *civil law* na cultura ocidental.

Acontece que o instituto da conciliação não representa inovação. Desde a Constituição Imperial Brasileira, já havia a previsão de se dever procurar conciliar as partes litigantes, o que era requisito para realização e julgamento da causa. Como não nos interessa o estudo das fases históricas processualistas, mas sim trabalhar reflexões sobre “onde” estamos nessa história, limitamo-nos ao direito vigente.

O atual Código de Processo Civil enfatiza o dever de o juiz “tentar a qualquer tempo conciliar as partes” (art 125, IV, do Código de Processo Civil – CPC) e, no procedimento ordinário, foi incluída a audiência preliminar, momento processual específico à tentativa de conciliar os litigantes. Nessa audiência, o juiz deve buscar a solução conciliatória antes de definir os pontos controvertidos a serem futuramente provados, que é a fase de saneamento do processo, e, mediante o “insucesso” da tentativa de conciliação, antes de iniciar a audiência de instrução e julgamento, o magistrado deve mais uma vez voltar a procurar promover a conciliação (arts. 447 e 448 do CPC).

Na conciliação, momento processual que visa promover um acordo entre as partes sob a interferência do poder judiciário, as partes processuais possuem capacidade para participar da relação processual em nome próprio ou alheio, contudo, não têm competência para realizar os atos do processo de maneira eficaz, noutras palavras, não possuem capacidade postulatória; significa, no sistema processual brasileiro, a competência postulatória é exclusiva dos

advogados, por isso a obrigatoriedade de representação da parte em juízo por advogado legalmente habilitado (art. 36 do Código de Processo Civil). Trata-se de um pressuposto processual cuja inobservância conduz à nulidade do processo (arts. 1º e 3º da Lei nº 8.906, de 04.07.1994). Só excepcionalmente se admite postulação diretamente pela parte, é o caso da autotutela, como nos pedidos de *habeas corpus*.

A questão da interferência do advogado como figura indispensável à administração da justiça (CF, art. 133), e, portanto, integrante da relação processual, é o foco de nossa pesquisa etnometodológica. Os dados empíricos são fruto da observação não participativa durante audiências judiciais, especificamente nos voltamos à observação da atuação do advogado na construção e formação do acordo judicial. Essa decisão de pesquisa empírica tem por fundamento a verificação da função social do advogado, bem como da capacidade de esse profissional do direito alterar a “cultura” formalista própria da ação judicial em casos de processo civil.

A delimitação do objeto de pesquisa à atuação do advogado em audiências prévias de conciliação judicial, nos juizados cíveis comuns do Foro do Recife – PE, deve-se, em primeiro lugar, à importância crescente alcançada pela conciliação judicial nos debates jurídicos atuais. Em segundo lugar, ao fato de esse instituto envolver ação social face a face, razão de nossa pesquisa se ocupar de localizar normas oriundas da convivência social entre atores jurídicos durante a realização de audiências preliminares, o que envolve investigar a interferência de fatores estranhos ao sistema jurídico oficial na realização ou não de “acordos” judiciais. Um último motivo dessa delimitação se deve à possibilidade que o cotidiano das conciliações judiciais nos oferece para investigação da formação de padrões de comportamento, estabelecadores de expectativas de comportamento sob a ótica da etnometodologia (SILVA, 2004).

1. A conciliação judicial como função social do advogado

Tratar da advocacia e sua relação com a sociedade nos remonta a Max Weber e, portanto, a sua análise sociológica das profissões na racionalidade burocrática. Assim, no bojo da civilização individualista e liberal, cujo fastígio ocorreu com o monopólio do ensino do direito nas universidades (WEBER, 1996, p. 501, 591), tornou-se inevitável que o advogado passasse a ser um profissional liberal, privado, isento de prestar contas de seus atos ao Estado e responsável somente perante sua própria corporação (COELHO, 1999, p. 22).

Contudo, no atual estágio do Estado Democrático de Direito, em sua tentativa de atingir o *status* de Estado de Bem-Estar Social, o papel do advogado não pode se restringir ao seu interesse pessoal e particular. Hodiernamente, o interesse privado do constituinte, a remuneração e o prestígio do advogado não podem sacrificar os interesses sociais e coletivos, nem o bem comum (LÔBO, 1996, p. 31-32).

Se pós-modernidade significa “a incredulidade em relação aos metarrelatos [...], a função narrativa perde seus atores (*functeurs*), os seus grandes heróis” e, com isso, a linguagem, seus jogos, a teoria da informação e as redes de comunicação ganham lugar e tomam a atenção de outras formas de explicar, de pensar e da reflexão sobre a vida em sociedade (LYOTARD, 1998, p. XVI, 30-31). Com esse debate, a legitimação dos enunciados dá lugar ao relato, em substituição ao fato, à coisa em si, ao limite físico do objeto. Com isso, “os sucessos ou os fracassos coroam as tentativas dos heróis; e esses sucessos ou fracassos dão legitimidade às instituições da sociedade (função dos mitos) ou representam modelos positivos ou negativos (heróis felizes ou infelizes) de integração às instituições estabelecidas (lendas, contos)” (LYOTARD, 1998, p. XVI); portanto, os critérios de competência “são os da

sociedade nas quais eles (os relatos) são contados” (LYOTARD, 1998, p. 37-38).

Dessa perspectiva, adicionada à afirmação de que para tratar da complexidade social é necessária uma teoria complexa, o paradoxo da função social da advocacia, numa leitura pragmática, é tão aparente quanto a hipótese da primazia do Estado sobre a sociedade civil ou mesmo desta àquele. É que a perspectiva inclusivista da pragmática, mas não do pragmatismo, indica para a simbiose entre as esferas público e privado, indivíduo e coletividade. Não há por que pensar em supressão, submissão ou prevalência. A exemplo, citamos a língua (o idioma), texto social. O idioma é produto da coletividade social, mas não por isso deixa de ser usado e manipulado por indivíduos. Desse exemplo temos que, assim como o idioma, há outras instâncias sociais que são simultaneamente ordem e desordem, são ao mesmo instante coletividade e individuado (SILVA, 2004). Nesse paradigma, a advocacia não é o exercício de uma profissão privada e, não por isso, pública. Sugerimos deslocar da concepção que denominamos exclusivista para a mentalidade de inclusão (RAJAGOPALAN, 2002, p. 23-29; 2005, p. 66-71). Outro caminho para tratar do assunto é recorrer às várias pesquisas sociológicas sobre o tema, como faz Roger Cotterrell (1991, p. 164-166) ao descrever as pesquisas de Rueschemeyer, na Alemanha, de Galanter, Podmore e Foster na Inglaterra, além de Blaustein e Porter, Mayhew e Reiss nos Estados Unidos. Essas pesquisas tratam da prevalência da valorização do advogado dos interesses do seu constituinte em confronto com os interesses da sociedade. Não conhecemos pesquisas sociológicas no Brasil sobre o tema.

No Estatuto da Advocacia e da OAB, Lei 8.906/1994, encontramos redigido, em seu art. 2º, que “o advogado é indispensável à administração da justiça (...)” e, no § 1º, que “no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social”.

Quanto à função social do advogado e sua importância na sociedade, encontramos a seguinte reflexão: tudo passa pela forma como esse profissional “participa de uma sociedade na qual ainda, infelizmente, se encontra uma parcela significativa de pessoas marginalizadas, social, cultural, econômica e politicamente. A missão principal do advogado é exercer sua função social” (PASOLD, 2001, p. 26-27).

Acontece que, para nós, não cabe cuidar da ética como filosofia sem contato com dados empíricos, para o que afirmamos: a prática da advocacia põe em questionamento a assertiva do parágrafo anterior, porque a maioria dos advogados brasileiros tem uma visão periférica de sua atividade profissional e, inclusive, “limitados ao êxito da causa e ao sucesso profissional, eles (advogados) não possuem conhecimentos de sociologia, história, economia e outras ciências. Acabam, conseqüentemente, afastados da função social” (BONATTO, 2004, p. 125).

Trazer o questionamento da função social da advocacia ao debate não pode estar dissociado das condições econômicas, políticas e sociais, ainda mais quando predomina a valorização do dinheiro na sociedade e, ainda, quando o sucesso profissional é mensurado segundo o ganho financeiro do advogado. Não se trata de um debate de filosofia ética, insistimos, inclusive porque é muita inocência negar presença de ética na advocacia devido à supervalorização do dinheiro. O debate é outro. Tampouco se pode afirmar que o advogado prefere a ação judicial à realização de uma conciliação diretamente, sem recorrer ao judiciário. Há advogados que promovem acordos e evitam a ação judicial. Mas não por isso esses profissionais deixam de registrar que as pessoas têm dificuldade em reconhecer que houve um trabalho jurídico, advocatício, do que resulta não querer pagar a prestação do serviço realizado. Nesses casos registramos um grande problema sociológico, o senso comum só

reconhece atividade judicial relacionada ao judiciário. Assim, para tratar do papel do advogado na conciliação, tivemos que assistir a audiências de conciliação; é que predomina a concepção de que um acordo só é válido se promovido e realizado diante do judiciário.

Advocacia não é, portanto, atividade exclusivamente judicial, seus conhecimentos jurídicos em muito podem contribuir para evitar a impetração de um processo judicial. Lembramos ainda que, uma vez frustrada a tentativa de conciliação “administrativamente”, cabe propor a ação judicial. Ainda, mesmo depois de proposta a ação, cabe ao advogado, agora juntamente com o julgador, tentar promover a conciliação entre as partes. Não podemos deixar de registrar que predomina a advocacia litigiosa à administrativa, bem como que muitas vezes o exercício da advocacia está restrito aos interesses da parte; inclusive, o acordo depende dos limites, muitas vezes financeiros, definidos por seu constituinte. Enfim, não é essa uma questão que se pode enfrentar com achismos, mas, sim, que requer pesquisas sociológicas.

Antes da atual Constituição, a Lei nº 7.244/84 – que criou o Juizado Especial de Pequenas Causas – já previa a atribuição dos advogados como auxiliares do judiciário, bem como a sua função de conciliadores. Durante as audiências conciliatórias nesses juizados, ao advogado caberia buscar a promoção da conciliação entre as partes, do que se pode concluir que a função conciliatória é inerente, até por força de lei, às atividades advocatícias.

Atualmente, a competência do profissional da advocacia vem sendo aferida, cada vez mais, por sua capacidade de solucionar os problemas de seus clientes pela via da conciliação. Portanto, a quantidade de ações judiciais patrocinadas por um advogado já não é sinônimo de competência, prestígio e satisfação do constituinte. Podemos, assim, registrar uma mudança no paradigma da advocacia.

“No exercício de seu ministério privado, ao aconselhar as partes e promover transações em seu gabinete, ou no do patrono da parte contrária, é o advogado importante instrumento de acesso à justiça, não se podendo esquecer da percuciente observação de Smith, em face da realidade norte-americana, de que ‘a justiça neste país é ministrada 10% pelos juízes nos tribunais e 90% pelos advogados em seus escritórios’. Por isso, o profissional das leis, sob pena de trair a causa da reconstrução da ética, não deve, por questão de dinheiro ou de vaidade, desencadear ou alimentar litígios que poderiam encontrar melhor solução num acordo entre as partes” (CAPPELLETTI, 1990, p. 13).

Por fim, sob diversos aspectos, além de imprescindível, é de extrema relevância o papel do advogado para a concretização do acesso à justiça. Nesse caso, a justiça está diretamente atrelada à ação judicial.

2. Relevância da pesquisa empírica para a ciência do direito

Ressalte-se que as reformas até agora empreendidas representam um caminhar para mudança de paradigma no direito, passagem do exclusivo – quando predomina a imagem de que só é jurídico se judicialmente pleiteado – para o inclusivo – quando predomina a imagem de que é jurídico o socialmente vivido e compartilhado. Para isso, mudanças profundas, muito além da mera alteração legislativa, podem e precisam ser processadas na própria comunidade jurídica brasileira.

Não podemos deixar de constatar que o procedimento conciliatório envolve potencialmente a renúncia de interesses. Então, até que ponto o advogado da parte autora, defendendo o direito lesado do seu constituinte, preocupa-se com a possibilidade de conciliação? Quais fatores, internos ou ex-

ternos ao sistema jurídico, facilitam ou não a consecução de um consenso? Impossível se torna alcançar respostas a tais quesitos mediante o estudo limitado à legislação. Inclusive a dogmática jurídica parece estar indicando mudança de paradigma, pois cada vez verificamos mais abordagens e reflexões que incluem aspectos sociológicos, filosóficos, psicológicos em suas abordagens da legislação em vigor.

Imprescindível, portanto, torna-se o estudo do direito considerando a vivência em sociedade, o que significa incluir considerações sobre como a vida se processa fora dos códigos. O estudante de Direito, bem como o profissional do direito, precisa saber “que entre o céu e a terra não existem apenas leis e códigos, mas pessoas concretas, relações sociais, manobras políticas, interesses econômicos, jogos de poder” (JUNQUEIRA, 1995, p. 9). É nesses termos que Eliane Junqueira defende a necessidade da sociologia jurídica para a formação de uma visão crítica do direito sobre as formas estatais e não estatais de resolução de conflitos, por meio da análise de pesquisas empíricas realizadas no Brasil. A mesma defesa inclusivista encontramos nos textos de Luciano Oliveira (2004, p. 15), principalmente quando afirma a necessidade de uma base empírica para a especulação teórica, sobretudo na área do direito, em que continuam prevalecendo estudos “doutrinários” dotados de “retórica demais e realismo de menos”.

A verdade é que as necessidades sociais da pós-modernidade, caracterizada, sobretudo, por sua complexidade sempre crescente, não podem ser satisfeitas por juristas da tradicional formação lógico-filosófica (SOUTO; SOUTO, 1981, p. 14). É indiscutível a importância do estudo de doutrinas jurídicas – tal como doutrinas religiosas – que insistem em explicar e, por muitas vezes, legitimar um discurso jurídico exclusivista, ainda mais quando buscam encontrar sua coerência lógica produzindo uma

“dogmática ligada a uma abstração dupla: a própria sociedade, na medida em que o sistema jurídico se diferencia como tal, constitui, ao lado das normas, regras para a sua manipulação. Ora, este é o material abstrato num grau de abstração ainda maior. Se isto, de um lado, lhe dá certa mobilidade, certa independência e certa liberdade, como condição de seu próprio trabalho, de outro, paga-se por isso um preço: a abstração e o risco de distanciamento progressivo da própria realidade” (FERRAZ JÚNIOR, 1984, p. 14).

Diante desse distanciamento crescente entre a doutrina do direito e, para citar um exemplo, o direito vivo (EHRlich, 1986, p. 378) – aquele em contraposição ao direito estatal, porque legislado e vigente nos tribunais e órgãos estatais –, instaura-se a crise da dogmática jurídica tradicional, cuja solução não pode ser encaminhada sem que se leve em conta as práticas sociais (OLIVEIRA, 2004, p. 59).

O direito pensado como fenômeno social não, por isso, se limita e se atrela ao aspecto mentalista próprio da fenomenologia. Para compreender essa dimensão social do direito, tampouco significa que

“enfrentar os problemas do direito em termos sociológicos é querer conhecer mais sua força e seu poder que suas palavras. A investigação do Direito na conduta humana aclararia muitas coisas aos legisladores, aos políticos, aos governantes, com respeito à natureza dos materiais com que trabalham” (SANCHES DE LA TORRE, 1965, p. 68-69).

Esse sonho fenomenológico, essa confiança numa cientificidade de saber eminentemente sociológico é tão exclusivista como uma dogmática formalista, tradicionalista. Não por isso temos um novo caminho ou uma proposta. Apenas sugerimos uma transposição mental; o abandono da mente exclusivista – montada em qualquer

que seja o paradigma (ontológico, mentalista, lingüístico etc.) – para uma mentalidade inclusivista. Simples, qualquer proposta que para se impor sonha estar superando a outra é tão dogmática fundamentalista quanto a suposta teoria superada. Esse pode ter sido o maior problema da filosofia crítica, no sentido marxista. O lugar do comunismo requer e exige a exclusão do capitalismo. Com isso afirmamos: não cabe pensar em quem é melhor, teoria ou prática. O direito precisa das duas, seja a prática jurídica forense seja a academia. Não é possível lecionar direito processual sem a prática, muito menos sem teoria.

Assim, investigando a prática cotidiana da conciliação judicial, pretendemos compreender a atuação do advogado desde sua vida cotidiana no judiciário. Para isso, recorreremos à etnometodologia, estudo da análise de conversação, devido ao predomínio da fala numa interação social face a face.

É salutar, portanto, a utilização de métodos e técnicas de pesquisa empírica, isto é, pesquisa baseada na observação controlada dos fatos, para investigar o fenômeno jurídico em correlação à realidade social (SOUTO; SOUTO, 1981, p. 12-13). Porém, apesar da exigência crescente de conhecimento adequado da situação social do sistema jurídico e de sua práxis, poucas são as pesquisas desse tipo realizadas no campo do direito. Nossa literatura limita-se ao estudo do ordenamento jurídico em si, não dá conta da realidade, de como o direito se processa fora dos códigos. A norma jurídica estatal e a doutrina jurídica normatizam a realidade e produzem, inevitavelmente, uma cultura idealista não isenta de alguns perigos (OLIVEIRA, 2004, p. 23).

O relatório do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq do já distante ano de 1986 enfatizou que as Faculdades de Direito funcionam como meros centros de transmissão do conhecimento jurídico oficial e não propriamente como centros de produção do

conhecimento científico (STRECK, 1999, p. 64). A pesquisa jurídica nas faculdades de Direito, na graduação e pós-graduação, seria exclusivamente bibliográfica, situação essa que, embora decorridos quase dez anos, continua praticamente inalterada, o que reitera a inovação e a importância da presente pesquisa.

3. A etnometodologia e os etnométodos

Investigar os etnométodos da comunidade jurídica significa pesquisar os mecanismos resultantes da prática forense; em nosso caso, enfatizamos a atuação do advogado em audiências preliminares.

A etnometodologia, fundada por Harold Garfinkel (1996, p. 11), ganhou atenção principalmente após seu artigo de 1963: “a conception of and experiments with ‘trust’ as a condition of concerted stable actions”, e com seu livro de 1967, *Studies in ethnomethodology*. O autor explica que usa o termo Etnometodologia para se referir à “investigação das propriedades racionais das expressões indexadas e outras ações práticas como realizações contínuas e contingentes de práticas usadas como artifícios para organizar a vida cotidiana”.

A partir das palavras etnobotânica, etnofisiologia, etnofísica, Harold Garfinkel (1996) chegou ao termo etnometodologia para se referir à capacidade de o ser humano dotar de sentido seu mundo social. Assim, etno se refere aos “sistemas conceituais cotidianos empregados pelos membros de uma cultura ou de uma sociedade dada”; metodologia são “os procedimentos implementados pelo senso comum na representação corrente do mundo e da ação” (ARNAUD, 1999, p. 333; WALLACE; WOLF, 1994, p. 320).

Garfinkel (1996) estudou com Talcott Parsons e Alfred Schutz. Via Parsons (1987), ele se fundamenta nas idéias coletivistas de Durkheim e Weber; via Schutz, na visão individualista da fenomenologia de Edmund Husserl. Garfinkel (1996) é um

autor que se propõe a unir essas explicações da vida social, portanto unir coletivismo com individualismo (ALEXANDER, 1990, p. 205, 208-225; RITZER, 1993, p. 287-291), o que implica Garfinkel (1996) demonstrar o quanto as normas estão internalizadas nos conviventes em uma comunidade; por sua vez, devido a Schutz, ele quer demonstrar como as normas são elaboradas.

Dessas pretensões de demonstração, o autor retorna à proposta de fato objetivo de Durkheim porém dá-lhe lugar aos atores como modeladores do fato, assim, os dois paradigmas sociológicos da época (o normativo e o interpretativo) se associam na etnometodologia, principalmente porque a significação passa pelos atores e a comunicação não é fruto de referência ao mundo exterior, sua referência simbólica (superação da teoria da referência). Com isso, a aplicação das normas que funcionam fixando significação depende da interpretação adotada pelos atores e pela comunidade que a vive. A etnometodologia não se esgota na fala, no dito, inclui também os gestos, os olhares, sons e outras fontes de informações durante a comunicação. Para defender sua proposta, Garfinkel (1996) diz que criamos etnométodos para viver em sociedade, assim, refere-se aos procedimentos e considerações que utilizamos para dar sentido às circunstâncias em que nos encontramos.

Um dos artifícios de Garfinkel (1996) foi recorrer ao que denominou “experimentos de ruptura”. Um deles foi quando pediu a um grupo de alunos que passassem a se comportar em casa, no ambiente familiar, como se fossem visitas. Isso obrigaria a uma quebra do padrão esperado de comportamento desses alunos entre seus familiares. Ao relatarem suas experiências, os alunos permitiram a Garfinkel (1996) registrar várias situações de desentendimento entre os envolvidos. Além desse, outros métodos de verificação dos etnométodos foram criados, entre eles vale citar: a análise de conversação, que não se confunde com análise

de discurso; as provocações de aplauso; a integração do discurso; e as atividades não verbais.

Etnometodologia, portanto, não é um método de pesquisa nem uma técnica de levantamento de dados, é um programa para investigar “acordo entre colegas ‘culturais’”. Nas palavras do autor: “Eu uso o termo ‘ethnomethodology’ para me referir à investigação das propriedades racionais de expressões de indexação e outras ações de práticas contínuas e contingentes organizadas na vida cotidiana” (GARFINKEL, 1996, p. 10-11).

Se no direito processual podemos identificar duas correntes, de um lado os formalistas e do outro os instrumentalistas, a etnometodologia pode muito bem servir como espaço para verificação da forma como a prática forense cível está se realizando no cotidiano das audiências preliminares. Com o objetivo de simplesmente apontar caminhos epistemológicos aos estudos do direito, inicialmente sugerimos que sejam evitados o recurso a frases de efeito, aos achismos, aos argumentos de autoridade e, portanto, que as afirmações sejam feitas, se necessárias, com a devida cautela científica.

Quantas não são as afirmações no mundo jurídico jamais testadas, que são repetidas sem verificação empírica? Alguns exemplos são: o direito processual civil é formalista, já o trabalhista não; a morosidade processual é o grande mal da prestação judicial em praticamente todos os países; a conciliação é uma forma de resolver a morosidade processual. Não se trata de concordar ou discordar, mas simplesmente de defender a importância de se aferir essas informações com dados científicos, ou seja, com pesquisa empírica.

Voltando à palavra etnometodologia, ela comporta ao menos duas acepções: a primeira, metodologia empregada pelos membros de uma sociedade, nesse caso ela é tratada como “raciocínio sociológico prático”; a segunda, estudo dos etnométo-

dos, métodos cotidianos utilizados pelos seres humanos, no seu dia-a-dia, de forma a lhes permitir conviver em sociedade, inclusive de maneira conflitiva (COULON, 1995, p. 52).

Etnometodologia, portanto, estuda a construção de raciocínios e métodos no convívio social. Assim, considera-se que no cotidiano estabelecemos significados às intenções e palavras, não nos ocupamos em buscar significados precisos, verdadeiros e únicos, e é justamente por não vivermos problematizando tudo que é possível a comunicação e, por conclusão, convívio em sociedade. Da comunicação sem buscar o melhor, verdadeiro ou único significado é que a etnometodologia parte e visualiza a produção de normas que possibilitam a compreensão e a continuidade do convívio social.

Confirma-se, assim, que não se trata de um método de investigação, nem de uma técnica de pesquisa e, sim, de um programa de pesquisa voltado ao estudo do “aspecto processual e implícito do conhecimento que os agentes utilizam nas atividades rotineiras” (ARNAUD, 1999, p. 332), ou seja, de como as pessoas tornam compreensíveis as cenas e situações sociais (WALLACE; WOLF, 1994, p. 321).

Agora, sim, está explícito por que recorreremos à etnometodologia para estudar a construção de padrões de comportamento de advogados no cotidiano das audiências preliminares. Questiona-se, portanto, se nesse cotidiano são produzidas normas que possibilitam a atuação desses profissionais na construção dos acordos e se se pode identificar os interesses envolvidos, mesmo se não declarados. Como exemplo, citamos o caso de quando o advogado pede ao juiz para se retirar da sala de audiência para, em separado, falar com seu cliente. Esse comportamento é aceito por todos os envolvidos como meio de alcançar um acordo. A norma explícita é o reconhecimento da possibilidade de ser necessário rever pontos, o que só pode ser

tratado e debatido entre o advogado e seu constituinte, o mais abertamente possível, em um lugar reservado. Nem tudo que um constituinte revela a um advogado suporta a luz pública, sem falar na questão ética do segredo profissional.

Tendo, pois, a etnometodologia como programa de pesquisa, vejamos seu aspecto metodológico.

4. Etnometodologia como programa de investigação

Criticando a construção das teorias sociológicas, a etnometodologia se contrapõe ao positivismo sociológico, em suas vertentes estruturalismo e funcionalismo, principalmente quanto à criação de tipos sociais ideais, recurso werberiano produtor de categorias sociológicas para possibilitar a análise e explicação da vida em sociedade. A etnometodologia rejeita essa construção teórica, bem como não aceita a idéia de o fato social ser considerado como algo dado, conforme defende a teoria da atribuição de rótulos - *labeling theory* (COULON, 1995, p. 16). Para a etnometodologia, o convívio social produz e constrói uma percepção de vida, uma visão sobre o sentido de fatos sociais, o que a leva a rejeitar as perspectivas teóricas que têm o ator social como um "imbecil desprovido de juízo" (WALLACE; WOLF, 1994, p. 228).

Nesse sentido, no programa etnometodológico, os métodos e técnicas de pesquisa são definidos segundo o objeto de investigação. Quanto às técnicas de investigação empírica, os etnometodólogos recorrem à técnica da pesquisa documental, da observação, da gravação de fitas de áudio e de vídeo, tudo voltado à abordagem de como as pessoas constroem e reconstróem a realidade social em que vivem¹.

Garfinkel (1996) sofre nítida influência, como já afirmamos, dos autores Talcott Parsons, seu orientador durante os anos de 1946 a 1952, Edmund Husserl, Aaron Gurwitsch, Alfred Schütz e Maurice

Merleau-Ponty (COULON, 1995, p. 19). Para melhor entendermos a etnometodologia, vejamos algumas das propostas desses autores.

Edmund Husserl (1996, p. 87), considerado primeiro autor a utilizar o termo fenomenologia, empregou-o para tratar da dualidade da consciência, daí o autor distinguir psicologia pura - mundo da consciência - do mundo dos modos de conhecer. É que o descobrimento psicológico do *me mesmo* é objeto de estudo da psicologia pura - preocupada com a realidade psicofísica (animal); por sua vez, a fenomenologia estuda as variantes fenomênicas da consciência. É a distinção entre a perspectiva do *ego cogito* e a perspectiva da descrição concreta da consciência. Daí que a fenomenologia abre a possibilidade de estudo de fatos jamais investigados antes dela, justamente por tratar da investigação dos fatos da estrutura sintética que dão unidade noético-noemática às distintas cogitações.

Da proposta de estudo dos atos mediante os quais a consciência se reporta à realidade ou ao seu significado, Husserl (1996, p. 62-63) realiza uma mudança na perspectiva da teoria do conhecimento: o investigador deve procurar se afastar do que é tido por aspecto ôntico, apodítico, como a idéia de atitude natural do ser humano, pois a atenção do pesquisador se desloca do mundo mesmo (da sua realidade) para os fenômenos com os quais esse mundo se anuncia e se apresenta na consciência, isto é, na consciência mesma e nas suas estruturas essenciais. Nesse sentido, a consciência constitui o resíduo fenomenológico.

Assim pensando, Husserl (1996, p. 122-123) aponta duas condições fundamentais para a fenomenologia: a redução eidética, substituição da consideração dos fatos como naturais por intuição da essência dos fatos; e a *epoché* fenomenológica, que é o suspender a tese da existência do mundo. O conhecimento, portanto, envolve o estudo da intencionalidade (HUSSERL, 1996, p.

89). Admitindo a distinção sujeito/objeto, esse autor distingue o aspecto subjetivo do objetivo. Nossos atos de observação e apreensão do objeto são o aspecto subjetivo, chamado de *noesis*; o aspecto objetivo não é o objeto mesmo (a “coisa em si”, de Kant), mas o que, devido à experiência vivida, nos leva a ter determinada percepção do objeto, qualificando-o, que é o *noema*.

Dessa forma, quando um objeto é percebido e rapidamente se enquadra nos modelos de nossa experiência vivida, a intuição, a evidência e a verdade podem coincidir; o que possibilita a racionalidade. Algo é racional quando coincide com a evidência, ou seja, quando lhe damos o atributo de estar de acordo com nossa intuição, com os limites dados por nossa experiência. Daí sempre haver a intencionalidade no ato cognitivo, como a intencionalidade da consciência (HUSSERL, 1996, p. 95-99).

Husserl (1996, p. 199), ao abordar o tema da relação entre teoria e prática (objetividade e subjetividade), fala em mundo cultural, o mundo da vida, aquele onde as pessoas vivem intuitivamente e em consciência objetiva do mundo, o qual é acessível a todos. Da idéia de mundo da vida de Husserl, Alfred Schutz trata o mundo social como o mundo da vida (*lebenswelt*)², um mundo intersubjetivo, o mundo das rotinas, sendo a realidade social “a soma total dos objetos e dos acontecimentos do mundo cultural e social, vivido pelo pensamento de senso comum de homens que vivem juntos numerosas relações de interação” (COULON, 1995, p. 12).

Dessa localização, Schutz (Cf. RITZEK, 1993) se preocupa em distinguir o mundo da vida do mundo dos sonhos, para isso identifica seis características do mundo da vida: o estado de alerta, momento em que o ator presta atenção à vida e aos seus requisitos, o que não ocorre no mundo dos sonhos; segunda, o fato de o ator não duvidar da existência do mundo; terceira, refere-se ao mundo do trabalho, que está ausente no sonho; quarta, a forma específi-

ca de o trabalhador experimentar o mundo; quinta, é quando o mundo da vida é caracterizado pela solidariedade; e sexta, o fluxo temporal, o qual é diverso entre o mundo da vida e o mundo dos sonhos (RITZER, 1993, p. 272).

Assim, quanto aos reinos da realidade social, esse autor distingue quatro espécies: *umwelt* – reino da realidade social diretamente experimentada, que é o contato face a face, são as relações-nós (eu e tu) – ; *mitwelt* – reino da realidade social indiretamente experimentada, contatos intermediados por instituições e organizações sociais, formando as relações-eles – ; *folgewelt* – reino dos sucessores, quando debate sobre a previsibilidade da ciência social – e *vorwelt* – reino dos predecessores, capacidade de analisar o ocorrido a partir do instrumental teórico oferecido pelas ciências sociais (RITZER, 1993, p. 274-279).

Sendo Schutz um precursor de Garfinkel (1996), acrescentamos que, do conceito de *verstehen* (compreensão) de Max Weber, Garfinkel realiza um estudo sobre o significado que os indivíduos atribuem às situações que presenciam. Isso o permite defender que a convivência entre os seres humanos resulta justamente do fato de que, como cada ser humano vive experiências diferentes das dos outros, criamos o mecanismo de supor que tivemos experiências idênticas. Assim, vivemos um processo de permanente ajuste, o qual torna possível a dissipação das divergências entre as diferentes percepções de mundo (COULON, 1995, p. 10-12). Esse processo foi chamado por George Mead de “fundo comum de consciência”, o qual nos permite pensar o mundo em termos de “tipos” de objetos, que é o processo de elaboração das tipologias (ou ideal tipos) (MEAD, 1972; 2001, p. 183-198).

Harold Garfinkel, partindo do conceito de “expectativa normativa” de Parsons, oferece a proposta de um estudo do comportamento cotidiano em contraposição à idéia de padrão de comportamento nos

termos empregados pelo estruturalismo e pelo funcionalismo, é que a etnometodologia considera a ordem como constructo interno aos processos sociais, ou seja, como resultado das relações sociais compartilhadas. Com Schutz, Garfinkel (1996) defende a necessidade de um motivo particular para pôr em questão o mundo comumente conhecido e dado por sabido (WALLACE; WOLF, 1994, p. 322).

Aaron Cicourel, primeiro discípulo de Garfinkel, trabalha o tema da metodologia com críticas aos métodos empregados pelos sociólogos em seus experimentos; para este autor, os sociólogos afastam elementos indispensáveis à investigação por capricho metodológico. Essas idéias deram margem ao aparecimento de novos métodos como a "etnografia constitutiva", de Hugh Mehan, e o *tracking*, de Don Zimmerman (COULON, 1995, p. 85-92).

Ainda sobre a etnometodologia e a metodologia, não se pode deixar de fazer referência a Peter Berger e Thomas Luckmann (1983) em seus estudos sobre a construção de um mundo objetivo a partir dos processos subjetivos, o que, para esses autores, fundamenta a construção social da realidade (RITZER, 1993, p. 282-287; WALLACE; WOLF, 1994, p. 337-343).

Da vida cotidiana, aquela que se apresenta como realidade interpretada pelos seres humanos, forma-se um significado subjetivo construindo-se o mundo coerente; é que a realidade da vida cotidiana é "o mundo intersubjetivo que comparto com os outros" (BERGER; LUCKMANN, 1983, p. 40). Para esses autores, pode-se duvidar da realidade cotidiana, porém, mesmo assim, estamos obrigados a suspender essas dúvidas porque existimos rotineiramente, em vida cotidiana. Dessa forma, a vida pode ser rotineira - quando segue sendo apreendida como não problemática - ou não rotineira - aquela apreendida problemáticamente.

Estruturalmente, a vida cotidiana tem limites de espaço e tempo. Quanto à limi-

tação espacial, ela, a vida cotidiana, requer uma dimensão social, delimitada conforme o grupo social. Em razão do tempo, ela é coercitiva, não se intervém voluntariamente; p. ex., há a norma do quando falar e quando calar, há a delimitação temporal oficial, demarcada pelos aparelhos de relógio (BERGER; LUCKMANN, 1983, p. 44-46). É o que se verifica quando as audiências preliminares, o objeto desta pesquisa, têm que ter duração limitada, não se pode ficar debatendo "o dia todo".

A interação social na vida cotidiana é aquela que temos com os outros em situação face a face, a qual permite que na realidade da vida cotidiana construamos esquemas tipificadores, permitindo-se a formulação de critérios à qualificação. Há, no entanto, uma negociação contínua entre os esquemas tipificadores das partes em interação, o meu esquema com o do outro (BERGER; LUCKMANN, 1983, p. 49). A linguagem (a corporal, ex.: o aspecto facial; a de objetos, ex.: intenções subjetivas proclamadas por meu semelhante; a dos signos, ex.: o SOS, que permite a produção de informações de uma intenção; e a fala, a expressão oral) é outra forma de coerção da vida cotidiana, pois estamos limitados a seus efeitos, ela nos obriga a adaptarmos a suas pautas (BERGER; LUCKMANN, 1983, p. 57). Assim sendo, a vida cotidiana nos institucionaliza socialmente por produzir hábitos (tal como em Bourdieu), pois "todos os atos que se repetem com frequência criam uma pauta que logo pode reproduzir-se com economia de esforços e que *ipso facto* é apreendida como pauta por quem a executa" (BERGER; LUCKMANN, 1983, p. 57). Noutras palavras, a habitualidade antecede o processo de institucionalização, o qual implica historicidade e controle, pois é uma tipificação recíproca de ações habituais a certos tipos de atores.

Nem por isso deixam de ocorrer mudanças sociais; é que a realidade social é um processo que contém: externalização - atuar humano -; objetivação - processo

humano que objetiva o que é externalizado –; e internalização – processo de volta do mundo social objetivado na consciência durante a socialização. Assim, a sociedade é um produto humano e o ser humano um produto social (BERGER; LUCKMANN, 1983, p. 83-84).

Nesse sentido, identificamos na perspectiva da etnometodologia um lugar teórico capaz de auxiliar na compreensão, análise e explicação da vida cotidiana forense, e é justamente o que pretendemos com o estudo do comportamento do advogado em audiências de conciliação.

5. *Etnométrodos e conciliação judicial*

A pesquisa empírica envolveu as técnicas de observação durante audiências de conciliação nas varas cíveis do Fórum do Recife, bem como a análise dos dados obtidos por meio de gravações e anotações. Como marco teórico, recorremos à etnometodologia para análise qualitativa dos dados e identificação de comportamentos do cotidiano forense. Aqui, não vamos desenvolver todos os tópicos da pesquisa, porque o objetivo desse texto é apenas demonstrar a necessidade e contribuição da pesquisa científica para a compreensão do direito e seus institutos; no caso, a prática da função social do advogado durante audiências preliminares.

A pesquisa envolveu 9 juízes, 23 advogados e 47 audiências preliminares assistidas pela equipe de pesquisa.

Os resultados indicam que, passados onze anos da Lei nº 8.952/94 e três anos da Lei nº 10.444/2002, a audiência preliminar é um ato processual a mais, portanto produz aumento da morosidade nas varas cíveis, principalmente quando se trata de ações de cobrança envolvendo instituições bancárias e processo da fazenda pública.

Em relação à audiência preliminar como meio de enfrentar a morosidade processual, 69% (6 juízes e 16 advogados) discordam dessa hipótese e 31% (3 juízes e 7 advoga-

dos) concordam. Entre os 9 juízes, 66,67% (6 juízes) discordam e 33,33% (3 juízes) concordam que a audiência preliminar é uma forma de suprir a morosidade; para esses 66,67%, houve aumento na morosidade pela adição do momento processual da audiência preliminar, principalmente porque a redação do CPC já previa que o juiz deveria, antes de iniciar a audiência de instrução e julgamento, tentar conciliar as partes. Entre os 23 advogados, 69,56% (16 advogados) discordam e 30,43% (7 advogados) concordam com a hipótese.

Entre os juízes que não vêm a audiência preliminar como mecanismo para enfrentar a morosidade processual, o principal argumento foi que “as partes nunca se conciliam durante, nem por causa da audiência”. Já os advogados declararam que perdem tempo com essas audiências e que seria melhor o sistema anterior, quando a audiência marcada era de instrução e julgamento, pois, não havendo a conciliação, partiam imediatamente para a instrução.

Das observações realizadas durante as audiências, verificamos que as partes quase nunca têm a palavra, raramente participam, estão mais para assistir a audiência de conciliação do que para auxiliar na formação de um resultado; observamos também que os magistrados ou conciliadores não conseguem se afastar de sua postura de julgador e pouco abrem oportunidade ao debate. Dessas observações, concluímos que não cabe falar em acordo ou entendimento quanto aos direitos envolvidos no litígio, cabe, sim, falar em negociação de direitos, quando muito. Essa conclusão tem lugar devido à duração e à postura dos juristas nas audiências. Das 47 audiências, 48,97% tiveram duração de menos de 10 minutos e apenas 6, ou seja, 12,77%, tiveram duração de mais de 30 minutos.

Desses dados, sugerimos a hipótese de o jurista ter como um dos etnométodos justamente a prevalência do paradigma exclusivista. Normalmente as audiências se iniciam com a pergunta “há conciliação?”.

Se a resposta é sim, lavra-se o termo; se não, encerra-se a audiência, o magistrado produz o saneamento e se agenda a audiência de instrução. Não há debate, não há diálogo sobre as questões envolvidas. O ambiente da audiência está voltado à decisão de quem tem razão em que, quem tem direito a que; significa, o direito parece ser uma divindade que irá decidir quem está com o direito. Esse ambiente é mantido e raramente quebrado pela ação de um advogado ou mesmo do juiz.

Uma forma de abordar esse ambiente é recorrer à teoria habermasiana da racionalidade, capacidade de justificar, fundamentar suas escolhas. Qualquer asserção ou ação poderá ser tida como racional, desde que suscetível de criticismo e fundamentação, ou seja, desde que possa fornecer razões e fundamentos. Nas palavras do autor:

“uma expressão satisfaz a pré-condição de racionalidade, se e na medida em que corporifica conhecimento falível e, portanto, tem uma relação com o mundo objetivo (isto é, uma relação com os fatos) e está aberta ao julgamento objetivo” (HABERMAS, 1984, p. 9).

A racionalidade se produz, para Habermas (1990, p. 188-190), graças a uma relação dialógica prévia, ela não se move no vazio de uma interioridade constituída à margem de toda comunicação, como pretendiam os filósofos da tradição da filosofia da consciência. Nessa perspectiva, uma pessoa se expressa racionalmente à medida que se guia, relativamente, por pretensões de validade, ou seja, quando ela pressupõe uma relação reflexiva da personalidade com aquilo que crê, faz ou diz. Isso não implica que as crenças racionais e as convicções sejam sempre compostas de juízos verdadeiros, dito de outra forma, a racionalidade de um juízo não implica sua verdade, mas apenas sua aceitabilidade fundamentada num contexto dado. Em contra partida, irracional é aquele que defende dogmaticamente, autoritariamente suas crenças

e que a elas se prende apesar de não as poder fundamentar (HABERMAS, 2004). Do ponto de vista adotado por Habermas, a linguagem assume relevância enquanto elemento mediador das relações que os falantes estabelecem entre si, quando se referem a algo no mundo. Assim agindo, cada ator assume o papel dialógico de ego e alter, no qual ego se utiliza de um ato de fala para expressar um estado de coisas referentes ao mundo, para o qual busca a anuência do alter (ARAGÃO, 1997, p. 28). Cada ego se utiliza, então, de um ato de fala, o qual traz em si implicitamente a pretensão de ser verdadeiro e poder ser reconhecido como tal pelo alter. O alter vai adotar, por sua vez, uma posição de concordância em relação à pretensão de validade embutida no conteúdo do proferimento de ego.

Dessa forma, uma asserção pode ser dita racional somente se o falante satisfizer as condições necessárias para alcançar um entendimento sobre algo no mundo com pelo menos um outro participante na comunicação e, nessa situação, busca o reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis (consenso) (HABERMAS, 1988, p. 96). Aí está o lugar de Habermas no debate: o termo consenso está atrelado à idéia de busca de entendimento. Nossas observações nas audiências nos levaram a considerar a impossibilidade de se falar em entendimento. Primeiro porque prevalece a noção de o judiciário ser o local para a decisão, definição de quem tem ou está com *O* direito; quem chega ao ponto de procurar um advogado para recorrer ao judiciário a fim de tratar de um conflito que não conseguiu resolver espontaneamente com seu litigante para então abrir mão de algo em nome de um entendimento. Parece que, se havia de haver algum entendimento espontâneo, esse teria que ser solucionado antes, não mais agora no judiciário. Parece prevalecer um sentimento de vingança, um “eu não disse que você iria parar aqui, agora quero só ver”. Com isso apenas chamamos atenção para a necessidade de

serem debatidas as diversas questões que permeiam o problema da conciliação. Há um grande descompasso entre o que o judiciário imagina estar promovendo com a conciliação e a visão de mundo da sociedade sobre o assunto.

Cabe, ainda, fazer referência ao diferencial da concepção e possibilidade de conciliação, segundo a espécie do caso concreto. Entre os 7 casos de audiência com duração de mais de 30 minutos, cinco envolviam separação conjugal (direito de família). Os outros dois tinham por tema a cobrança e não tinham instituições bancárias como parte. Nos casos que envolviam temas de cobrança e tinham instituições bancárias como parte, não houve espaço para conciliação, bem como casos envolvendo questões tributárias com a Fazenda Pública.

Daí afirmarmos que o judiciário tem funcionado como lugar de pressão para se negociar direitos e não como lugar ao debate e busca de entendimento sobre direitos. Registramos depoimentos de advogados que, em contenciosos envolvendo direito de família, declararam que o judiciário tem servido como lugar de desabafo, após o qual aumenta a possibilidade de realização de acordos entre os litigantes.

O ponto mais grave em nosso entendimento foi a identificação de que os acordos são assinados sem as partes processuais terem a devida noção do que acabaram de vivenciar, assinam termos de acordos sem saber o que continha no termo de conciliação. Essa constatação foi obtida porque, após as audiências nas quais foram firmados os termos de conciliação, a equipe de pesquisa foi conversar informalmente com as partes e ouviu relatos tais como: “eu não sei bem o que houve naquela sala, assinei porque mandaram, no fim já nem sabia o que estava sendo dito”; “e eu podia dizer que não queria assinar aquele acordo?”.

Desses depoimentos, identificamos mais um etnométodo: a visão autoritarista, o judiciário é visto como poder supremo. Não há uma cultura da conciliação, os

conciliadores e juízes ainda tratam a conciliação como objeto de decisão monológica e não dialógica, pensam como autoridades e agem como donos de um poder de decisão e não como espaço para composição e construção decisória. As partes ainda são tratadas como uma espécie de “clientes assistidos” e não como integrantes e participantes do processo decisório.

Das 47 audiências, apenas 12 tiveram acordo assinado. Dessas doze, sete chegaram com o acordo definido antes do início da audiência. As cinco restantes tiveram o acordo produzido durante a audiência. O grave foi termos registrado que em nenhuma dessas audiências as partes souberam explicar, após a audiência, o que ficou definido como acordo final, logo, o que assinaram na frente do juiz. Já do lado de fora da sala de audiência, as partes precisaram da explicação do advogado para entender o que tinham assinado. Perguntados por nós por que assinaram, entre as respostas ouvimos: “porque meu advogado disse que eu não tinha alternativa”; “porque não estava me sentindo bem e queria ir embora logo dali”; “porque queria me livrar da confusão”; “porque o juiz disse que se eu continuasse poderia até perder o caso”; “porque só vim aqui só para ver a cara dele na frente de um juiz, pouco me interessava no que ia dar isso”.

Dessas verificações, lançamos as seguintes reflexões: 1) a esperança depositada na conciliação exige mais que criar leis e juizados especiais, ainda mais quando prevalece o etnométodo do recurso à lei como forma de evitar debates, ou seja, as referências às leis funcionam para “fechar questão”, eliminar o debate; talvez isso se deva à falta de conhecimento e à desinformação sobre o judiciário; 2) a conciliação tem funcionado mais como meio de pressão e ameaça para se assinar “acordos-negociação” que como espaço de tempo para se buscar um “entendimento” sobre os direitos envolvidos; nesse caso, o etnométodo está na predominância da valoração do dinheiro, pois

até o tempo é calculado economicamente, em alguns depoimentos, declararam que tempo é dinheiro, por isso a conciliação é a melhor alternativa, inclusive, como relatou um juiz: “no fim, os casos concretos não dão em nada mesmo; com a conciliação, ao menos eliminamos um problema a mais que iria ficar durando no judiciário, tem mais, precisamos ter produtividade”; 3) para a conciliação servir como instrumento de legitimação, os juristas poderiam se disponibilizar a rever seus papéis na relação processual; um dos etnométodos relacionados a essa situação é a referência de um ao outro, os juízes culpam os advogados de omitirem informações, os advogados acusam os juízes de autoritaristas.

Os etnométodos identificados nos casos de audiência preliminar indicam que prevalece a cultura da ética profissional ascética e não da ética profissional orgânica. Refiro-me à insistência dos envolvidos na conciliação judicial (conciliadores, advogados e juízes) em manter uma roupagem mística na audiência quanto ao papel social do direito e do judiciário (lugar da salvação – tal como a construção dos dogmas de fé religiosa). Max Weber (1996, p. 467), além de distinguir a ética da responsabilidade de uma ética da convicção, distingue a ética profissional orgânica da ética profissional ascética, para a qual o mundo é concebido como “constituído por crentes que dominam e não por crentes considerados como povos parias”. Essa última distinção, explica Weber, promove o “conflito entre a busca mística da salvação e da religiosidade virtuosa ascética, por um lado, e a ortodoxia “institucional por outro”.

Persistem, contudo, as questões: se o Judiciário tem a função de tomar decisão quanto aos direitos em litígio, qual o papel do Judiciário na conciliação? Se o papel do advogado é defender seus constituintes, qual sua função numa conciliação? Se as partes não conseguiram resolver ou mesmo solver suas controvérsias voluntariamente ao ponto de recorrerem ao judiciário, qual

o lugar da conciliação, o papel do judiciário na conciliação? Essas provocações insinuam a inutilidade da conciliação caso seja mantida a forma como está sendo realizada.

Cabe, ainda, registrar análises etnometodológicas como as “trocas” de olhares entre o advogado e seus constituintes, advogados e juízes, as partes e juízes, bem como entre as próprias partes durante uma audiência preliminar. Esses dados empíricos são identificadores de normas sociais formadoras de inibição, ameaça ou apoio. Não podemos deixar de fazer referência às tomadas de turno de fala entre os falantes numa audiência preliminar, bem como às “falas fora de lugar”, como é o caso de o advogado impedir a continuidade da exposição das idéias, retirando a fala de seu constituinte. Esse é visto como mais um mecanismo do chamado “papel de filtro” exercido por advogado, o que é justificado com a noção do “nem tudo precisa ser dito”, “judiciário não é lugar para sinceridade” ou mesmo “a vida social não suporta a transparência dos bastidores”. Ora, o pressuposto é que os envolvidos foram incapazes de chegar voluntária e espontaneamente a uma solução ou mesmo a dirimir os impasses da controvérsia causídica e, justamente por isso, foram buscar na interferência de um terceiro, o judiciário, a solução. Não se pode deixar de considerar esse pressuposto ao se tratar da conciliação judicial, todavia também não se pode, por isso, atribuir ao judiciário a autoridade decisória com exclusividade.

Sobre essa última questão, registramos posturas dos “conciliadores” (advogados e juízes) predominantemente imperativas e ameaçadoras, promovendo medo nas partes e, algumas vezes até, em alguns advogados. Esse dado é fundamental para se apontar a necessidade de revisão da questão da postulação em juizados especiais sem o acompanhamento de advogado.

Todos esses registros evidenciam o quanto o lugar das partes e dos profissio-

nais jurídicos envolvidos merece passar por sérios debates.

Uma proposta, por conclusão. Caso haja interesse em promover celeridade na prestação jurisdicional e se deposita na conciliação a hipótese de servir para essa finalidade, os tribunais de justiça dos estados e os tribunais regionais do trabalho e da justiça federal poderiam acatar a sugestão de constituir comissões de pesquisadores para diagnosticar problemas e apresentar soluções para a forma como a conciliação vem sendo realizada. Essa comissão deveria ser constituída, no mínimo, por pesquisadores profissionais com habilidade nos conhecimentos sociológicos, filosóficos, lingüísticos e psicológicos.

Notas

¹ Este texto não se ocupa das técnicas de pesquisa; para quem se interessa, não só pela técnica, mas pela análise de dados obtidos por meio de textos, imagens e som, Cf.: BAUER, Martin W.; GASKELL, George (2004).

² Schutz utiliza vários termos como sinônimos de mundo da vida, tais como: "mundo da vida diária", "mundo do trabalho cotidiano", "realidade mundana", "mundo do sentido comum", "realidade eminente da vida do sentido comum" (RITZER, 1993, p. 270).

Referências

- ALEXANDER, Jeffrey. *Las teorías sociológicas desde la segunda guerra mundial*. Madrid: Gedisa, 1990.
- ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. *Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- ARNAUD, A.; DULCE, M. J. F. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. et al. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BERGER, P. L.; LUCKMANN, T. *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorroutu, 1983.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria della scienza giuridica*. Torino: Giappichelli, 1950.
- _____. *Teoria generale del diritto*. Torino: Giappichelli, 1993.
- BONATTO, Vanderlei Luis Kronbauer. *Função social do advogado*. In: ÉTICA na advocacia. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2004. 2 v.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia: nelle società contemporanee*. Bolonha: Il Mulino, 1994.
- _____. *Giudici irresponsabili?*. Milano: Giuffrè, 1988.
- _____. *O Acesso dos consumidores à justiça*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 86, n. 310, abr./jun. 1990.
- COELHO, Edmundo Campos. *As profissões imperiais: medicina, engenharia e advocacia no Rio de Janeiro 1922-1930*. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- COTTERRELL, Rorge. *Introducción a la sociología del derecho*. Barcelona: Ariel, 1991.
- COULON, A. *Etnometodologia*. Petrópolis: Vozes, 1995.
- DINAMARCO, C. R. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.
- FALCÃO, J. *Os advogados, ensino jurídico e mercado de trabalho*. Recife: Massangana, 1984.
- FARIA, J. E. O modelo liberal de direito e estado. In: _____. *Direito e justiça, a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio S. Existe um espaço, no saber atual, para uma teoria crítica?. In: PLASTINO, Carlos Alberto (Org.). *Crítica do direito e do estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984.
- FERREIRA, M. A. A. Em defesa da tentativa de conciliação. In: _____. *Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Ráo*. São Paulo: Resenha Universitária, 1973.
- FREIRE, J. P. P. *O juiz como consciência social*. Porto Alegre: AJURIS, 1980.
- GARFINKEL, H. *Studies in ethnomethodology*. Cambridge: Polity Press, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- _____. *Pensamiento postmetafísico*. Madrid: Taurus, 1990.
- _____. *Racionalidade e comunicação*. Lisboa: Edições 70, 1988.
- _____. *Verdade y justificación: ensayos filosóficos*. Madrid: Trotta, 2004.
- HUSSERL, Edmund. *Meditaciones cartesianas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- JUNQUEIRA, Eliane. *Memórias precoces: perspectiva sociológica do direito: 10 anos de pesquisa*. Rio de

- Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil; Universidade Estácio de Sá, 1995.
- LÓBO, Paulo Luiz Netto. Natureza da advocacia, serviço público e função social. In: _____. *Comentários ao estatuto da advocacia*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 1996.
- LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Rio de Janeiro: J. Olímpio, 1998.
- MEAD, George H. *Espírito, persona y sociedad: desde el punto de vista del conductismo social*. Buenos Aires: Paidós, 1972.
- _____. The genesis of the self and social control. In: _____. *The philosophy of the present*. New York: Prometheus Books, 2001.
- OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.
- PARSONS, Talcott. *La struttura dell'azione sociale*. Bologna: Il Mulino, 1987.
- PASOLD, César Luiz. O resgate do advogado: missão principal. In: _____. *O advogado e a advocacia*. 3. ed. Florianópolis: Ordem dos Advogados do Brasil, 2001.
- RAJAGOPALAN, Kanavillil. Jacques Derrida. In: CHAMPAN, S.; ROUTLEDGE, C. *Key thinkers in linguistics and the philosophy of language*. Reino Unido: Edinburgh University Press, 2005.
- _____. O conceito de identidade em lingüística: é chegada a hora para uma reconsideração radical?. In: SIGNORINI, Inês (Org.). *Língua(gem) e identidade*. São Paulo: FAPESP, 2002.
- RITZER, G. *Teoría sociológica contemporánea*. Madrid: McGraw-Hill, 1993.
- SANCHES DE LA TORRE, Angel. *Sociología del derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1965.
- SANTOS, Boaventura. A sociologia dos tribunais e a democratização da justiça. In: _____. *Pela mão de alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortês, 1997.
- SILVA, Artur Stanford da. Conciliação judicial e ação comunicativa: acordo judicial como negociação *versus* consenso. *Anuário da pós-graduação em Direito da UFPE*, Recife, n. 13, 2004.
- SOUTO, Cláudio. Educação jurídica e conservadorismo acadêmico. In: DESORDEM e progresso. Porto Alegre: SAFE. 1986.
- _____. *Teoria sociológica do direito e prática forense*. Porto Alegre: SAFE, 1978.
- _____.; SOUTO, Solange. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1981.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- TREVES, R. *Il diritto come relazione*. Napoli: Scientifiche Italiane, 1993.
- WALLACE, R. A.; WOLF, A. *La teoria sociológica contemporanea*. Bologna: Il Mulino, 1994.
- WEBER, Max. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.