Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

“O Combinado Não Sai Caro”:

Desafios e Oportunidades à Conciliação em Varas Cíveis

Thiago Ferreira Cordeiro

“O Combinado Não Sai Caro”:
Desafios e Oportunidades à Conciliação em Varas Cíveis

Thiago Ferreira Cordeiro

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa Graduação em Direito, da Universidade Federal do Estado Rio de Janeiro (CCJP-UNIRIO), como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Daniel Queiroz.

Rio de Janeiro

Dezembro de 2020

“O Combinado Não Sai Caro”:
Desafios e Oportunidades à Conciliação em Varas Cíveis

Thiago Ferreira Cordeiro

Orientador: Daniel Queiroz

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa Graduação em Direito, da Universidade Federal do Estado Rio de Janeiro (CCJP-UNIRIO), como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado por:

_____

Orientador, Professor Daniel Queiroz

_____

Professora Carolina Tupinambá

_____

Professor Felipe Bernardes

Rio de Janeiro

Dezembro de 2020

Dedico este trabalho

À Tatiana e Liliana,

Que estiveram sempre ao meu lado,

Ao mesmo tempo,

Durante a finalização deste estudo

RESUMO

"O Combinado Não Sai Caro":

Desafios e Oportunidades à Conciliação em Varas Cíveis

Thiago Ferreira Cordeiro

Orientador: Daniel Queiroz

Resumo do TCC submetido ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Bacharel em Direito.

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (lei 13.105/15) introduziu técnicas de autocomposição e colaboração processual, visando a responder ao desafio imposto pela morosidade e pelo excesso de judicialização, mas também como parte do exercício regular democrático dentro de uma sociedade participativa e solidária. O presente trabalho propõe-se a debater a origem, a função e a importância da justiça conciliativa como cerne de um novo modelo cooperativo de aplicação da processualística civil, com enfoque na experiência de conciliação em varas cíveis. Pretende-se discutir, de uma perspectiva crítica, os aspectos políticos e constitucionais os quais fundamentam a forma de processo como uma competição colaborativa passível de ser resolvida consensualmente. Sob o prisma sócio-político este estudo investigou as potencialidades dos institutos de autocomposição para preservação dos vínculos sociais, bem como uma forma de modernização e estímulo ao desenvolvimento econômico. Sob esse ponto de vista, impôs-se a discussão da convergência entre a proposta de uma justiça participativa, com possibilidade de resolução dos conflitos pelas próprias partes, com o paradigma democrático do Estado de Direito como um todo. Buscou-se ainda um enfoque diferenciado sobre a questão, a partir da aplicação da teoria dos jogos, nascida da economia para as ciências sociais. Compreendendo a dinâmica da conciliação a partir da referida teoria, este trabalho pretendeu ainda ser capaz de sugerir a criação de um instituto estratégico que sirva de estímulo material para os litigantes aderirem aos acordos.

Palavras-Chave: Conciliação; Autocomposição; Democracia Participativa; Processo Civil; Jurisdição; Teoria dos Jogos.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....08

2. A JURISDIÇÃO E A JUSTIÇA CONCILIATIVA.....10

2.1. Jurisdição: um conceito complexo.....**10**

2.2. Bases filosóficas.....**11**

2.3. A origem da conciliação.....**13**

2.4. Características jurisdicionais pela doutrina.....**15**

2.5. O lugar da justiça conciliativa em relação à jurisdição.....**18**

3. A CRISE DO JUDICIÁRIO.....24

3.1. A tensão entre o acesso e o excesso na justiça.....**24**

3.2. A situação do judiciário segundo os dados oficiais.....**26**

3.3. Respostas à crise.....**30**

3.4. O paradoxo de Aquiles e da tartaruga.....**33**

4. A AUTOCOMPOSIÇÃO COMO CERNE DE UM NOVO PARADIGMA35

4.1. O modelo cooperativo.....**35**

4.2. O momento da autocomposição.....**42**

4.3. O fundamento político-constitucional da cooperação.....**44**

5. CONCILIAÇÃO E DESENVOLVIMENTO.....52

5.1. A relação entre o Estado e a Verdade política.....**52**

5.2. O redescobrimento da verdade na democracia.....**58**

5.3. A relação entre capital social e desenvolvimento econômico.....**61**

6. ASPECTOS TÉCNICOS DA JUSTIÇA CONCILIATIVA.....66

6.1. Institutos autocompositivos em espécie.....**66**

6.2. A conciliação em números.....**71**

7. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE FOMENTO.....79

7.1. A obrigatoriedade de designação de audiência.....**82**

7.2. A multa por não-comparecimento.....**83**

7.3. A obrigatoriedade de assistência por advogado.....**85**

7.4. Dispensa de custas remanescentes.....**86**

7.5. Redução de honorários pela metade.....**87**

7.6. Suspensão do prazo prescricional.....**88**

7.7. Eficácia executiva do título.....**89**

7.8. Recorribilidade das decisões relativas à conciliação.....**90**

7.9. Outras sugestões.....91
8. UM OLHAR ATRAVÉS DA TEORIA DOS JOGOS.....92
8.1. A conveniência de um ônus conciliatório.....100
8.1.1. Ônus conciliatório estático.....101
8.1.2. Ônus conciliatório dinâmico.....103
9. CONCLUSÃO.....106
10. REFERÊNCIAS.....109

1. INTRODUÇÃO

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (lei 13.105/15) introduziu diversas inovações nas práticas jurídicas. Dentre elas, destaca-se a valorização das técnicas de autocomposição e de colaboração processual. Visando a responder ao desafio imposto pela morosidade e pelo excesso de judicialização, problemas enfrentados em algum grau em todo o mundo, o legislador brasileiro acompanhou as tendências adotadas em outros países de flexibilizar a jurisdição tradicional e incentivar os chamados métodos alternativos de solução de conflitos. Mas não apenas como um imperativo técnico, as práticas negociais de solução de litígio vêm sendo defendidas como parte do exercício regular democrático dentro de uma sociedade participativa e solidária.

O presente trabalho propõe-se a debater a origem, a função e a importância da justiça conciliativa como cerne de um novo modelo cooperativo de aplicação da processualística civil, com enfoque na experiência de conciliação em varas cíveis. Pretende-se discutir, de uma perspectiva crítica, os aspectos políticos e constitucionais os quais fundamentam a forma de processo como uma competição colaborativa passível de ser resolvida consensualmente.

A partir de relatórios técnicos oficiais é possível analisar alguns dados relevantes sobre como a conciliação vem funcionando no país e seu impacto sobre a estrutura tradicional do poder judiciário. A recente mudança de perspectiva, ainda em progressiva sedimentação, vem exigindo modificações tanto pela teoria quanto pela máquina estatal. Com isso, conceitos estão sendo colocados à prova e investimentos realizados para operacionalizar o novo paradigma.

Neste estudo o instituto da conciliação foi abordado sob diferentes aspectos. Inicialmente optou-se por um prisma jurídico-filosófico ao debater o conceito de jurisdição e sua relação com as práticas conciliatórias, recorrendo inclusive a argumentos de base histórica e antropológica, para questionar a noção naturalizada de pacificação social através da tutela estatal e sugerir uma mudança de perspectiva. Afinal, seria a solução consensual, como vem sendo chamada, um "método alternativo à solução de conflitos"? Ou, ao contrário, seria esta a essência da justiça enquanto pacificação social?

Para começar a desenvolver a resposta a essa pergunta, no capítulo 3 foram abordados os desafios práticos do judiciário quanto à gestão do grande número de causas litigiosas, servindo-se do posicionamento de alguns magistrados, além dos dados

oficiais produzidos anualmente pelo CNJ. Se é notória a estagnação da máquina pública em sua capacidade de atender às demandas que lhe são propostas, o amadurecimento de uma processualística focada na autocomposição pode ajudar a modificar esse cenário, como se pretendeu demonstrar no capítulo 4.

Neste ponto, foi desenvolvida uma discussão acerca das implicações, expectativas e críticas à pretensão de alçar a conciliação para além de um momento específico no trâmite processual. Ansiando ser elevado à condição de fio condutor do processo, o paradigma do processo civil democrático despertou diferentes opiniões, ora otimistas, ora nem tanto, acerca das consequências da sua aplicação.

No capítulo 5, o objeto de estudo foi apreendido a partir de sua dimensão sócio-política, analisando as potencialidades dos institutos de autocomposição para preservação dos vínculos sociais, bem como uma forma de modernização e estímulo ao desenvolvimento econômico. Sob esse ponto de vista, impôs-se a discussão da convergência entre a proposta de uma justiça participativa, com possibilidade de resolução dos conflitos pelas próprias partes, com o paradigma democrático do Estado de Direito como um todo. A tendência conciliativa parece coincidir com anseios mais amplos de abertura institucional e fortalecimento da sociedade civil observados desde o final do século passado.

Adentrando em uma abordagem mais técnica a partir do capítulo 6, o trabalho propõe uma análise crítica dos institutos de autocomposição, com foco na conciliação, esclarecendo as diferenças conceituais e metodológicas entre eles, para em seguida analisar os instrumentos jurídicos existentes, além das sugestões encontradas na literatura, como estratégias de fomento para que os jurisdicionados busquem a solução consensual.

Por fim, no capítulo 8, buscou-se um enfoque diferenciado sobre a questão, a partir da aplicação da teoria dos jogos, nascida da economia para as ciências sociais. Compreendendo a dinâmica da conciliação a partir da referida teoria, este trabalho pretendeu ainda ser capaz de sugerir a criação de um instituto estratégico que sirva de estímulo material para os litigantes aderirem aos acordos.

Desta forma, a expectativa é que o esforço dispendido na elaboração deste estudo sirva para estimular o debate acerca das práticas conciliatórias, contribuindo ainda com sugestões iniciais, passíveis ainda de amadurecimento, no sentido de valorizar a comunicação endo e extraprocessual, para resolver alguns dos conflitos teóricos e concretos da matéria.

2. A JURISDIÇÃO E A JUSTIÇA CONCILIATIVA

2.1. Jurisdição: um conceito complexo

A jurisdição, como conceito basilar da teoria processual, está sujeita a intermináveis debates acerca de sua natureza e suas características. Mais do que mero academicismo, os contornos teóricos conferidos à ideia têm implicações diretas sobre a aplicação do direito, trazendo consigo também consequências de ordem ideológica, suscetíveis de expressar diferentes projetos jurídicos. Nesse sentido, a teoria processualista ramifica-se por tantos quantos são os ramos do direito material, abrangendo não só as grandes disciplinas (civil, penal, trabalhista, etc.), mas também os microssistemas, como o direito do consumidor ou as matérias dos juizados especiais, cada um com suas regras específicas de processo. O desafio de entender genericamente a jurisdição, a qual é una e indivisível, se agrava, então, pela multiplicidade de campos de aplicação, que atendem a anseios e necessidades sociais distintas.

Exemplo dessas divergências se encontra no debate sobre a natureza jurisdicional dos institutos de *conciliação* e *mediação*. Parte da doutrina mais contemporânea (chamada revisionista[1]) defende a flexibilização do conceito de jurisdição para abarcar a justiça voluntária – e por extensão a conciliativa. Argumenta-se que nem sempre a jurisdição se baseia na lide, pois o critério deveria ser subjetivo (a atividade do juiz), e que mesmo o procedimento voluntário possui conflito em potencial, como no caso de o interditando resolver discordar da interdição (SÁ, 2020).

Outros autores, contudo, valendo-se do instrumental tradicional, sustentam que o processo é uma ciência que gira em torno da função contenciosa, sendo mais adequado referir-se aos métodos de autocomposição como *equivalentes jurisdicionais* (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015). Independentemente dos argumentos técnicos elencados por um ou outro lado, a compreensão conforme conciliar esteja ou não abarcado pela atividade jurisdicional pode impactar a percepção de juízes e advogados sobre a natureza do seu trabalho.

[1] Destacam-se dentre seus defensores os professores Calmon de Passos, Leonardo Greco, Luiz Guilherme Marinoni, Ovídio Baptista e Fredie Didier Jr (apud SÁ, 2020).

2.2. Bases filosóficas

Mais em que consiste então a jurisdição em sua acepção tradicional? Os cursos de teoria geral do processo usualmente partem de um raciocínio contratualista para deduzir o nascimento do Estado e sua função jurisdicional. Argumenta-se que originariamente não havia Estado e as instituições eram insipientes, tendo os indivíduos que usarem de seus próprios meios privados para fazer justiça, gerando um ambiente limitado e incapaz de promover a paz social. Com o passar do tempo, desacreditada por sua impotência, a justiça privada foi substituída pela pública (THEODORO JÚNIOR, 2018).

Há um forte eco da filosofia de *John Locke* em tal raciocínio. O filósofo britânico teorizou em seu "*Segundo Tratado Sobre o Governo Civil"* a respeito de um estado de natureza hipotético, anterior à sociedade civil, no qual o ser humano vivia livre e pacificamente, estabelecendo seus contratos com igualdade, enquanto usava de seus próprios recursos limitados para assegurar seu direito. Mas isso não significava que, na ausência de um Estado, as relações se degenerassem a um estado de anarquia, como era para a teoria hobbesiana[2], restando apenas o instituto da autotutela. Ao contrário, Locke (1994, p. 84) sustentava que:

> O "estado de Natureza" é regido por um direito natural que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito, toda a humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens; [...] não se pode conceber que exista entre nós uma "hierarquia" que nos autorizaria a nos destruir uns aos outros, como se tivéssemos sido feitos para servir de instrumento às necessidades uns dos outros [...].

Haveria, portanto, direito antes do Estado. Não apenas cronologicamente, mas sobretudo fora e independentemente dele. As pessoas seriam capazes de conviver harmonicamente, cada uma reconhecendo a justiça que cabe às demais, por ser um imperativo da razão em um estado de igualdade, sendo as mesmas capazes, portanto, de encontrar soluções negociadas para seus conflitos, com base no reconhecimento do

[2] Para Thomas Hobbes (2003), em suma, o ser humano é egoísta e governado por suas paixões. Da sobreposição dos desejos dos homens, inevitavelmente nasce o conflito, o que em um contexto em que não existe um poder público soberano, o que prevalece é a violência e a insegurança. O Estado surge então, como uma exigência lógica, por meio de um contrato coletivo hipotético celebrado pela necessidade de impor ordem a um estado de natureza caótico e imprevisível, momento em que nasce o direito positivo. Sem um poder soberano não há segurança para a vida ou para as leis. Assim, a civilidade só surge após a autoridade estatal impor coativamente a obediência ao direito.

sujeito no outro, que lhe é análogo, sem necessidade de recorrer, ao menos em princípio, ao uso da força.

Se para Thomas Hobbes (2003) o poder estatal soberano era o próprio fundador do direito, e sua criação se impunha como uma necessidade de sobrevivência, sem o qual não existiria justiça[3] mas somente a lei do mais forte e o império do medo, para Locke, o contrato seria realmente uma possibilidade, impulsionada pelo desejo de sair de uma situação de menor institucionalidade, cuja segurança jurídica era de fato limitada, para uma ordem civil mais ampla, que resguardasse com mais confiança os acordos de vontade. Nesse ponto, Locke faz suas as palavras do teólogo Richard Hooker[4] (apud LOCKE, 1994, p. 90):

> mas como somos incapazes por nós mesmos de buscar uma quantidade suficiente de objetos necessários ao gênero de vida que nossa natureza deseja, uma vida à medida da dignidade do homem, e assim suprir os defeitos e as imperfeições que nos são inerentes quando vivemos sozinhos e solitários, somos naturalmente induzidos a buscar a comunhão com outros e sua companhia; esta foi a causa dos homens terem se unido em sociedades políticas.

Assim teria surgido o Estado moderno e seu monopólio de jurisdição, capaz de substituir as muitas vontades individuais e originais pela sua própria, expressão única de uma vontade hipoteticamente coletiva: por meio de um ato voluntário no qual cada indivíduo abdicaria de parte de seu poder executivo da lei natural, delegando-o a um terceiro imparcial e equidistante, para que o mesmo centralize em seu nome a criação e aplicação do direito, conferindo a todos um grau maior de segurança e possibilidade de celebrar contratos para o desenvolvimento dos bens da vida (LOCKE, 1994). Embora não esteja expresso, vale interpretar que tal abdicação deve restringir-se sobretudo à autotutela, que permaneceu existindo legitimamente apenas em resquícios. Faz pouco sentido pensar ser o pacto social uma forma de reduzir a capacidade dos homens de autocompor sobre suas diferenças, quando a aptidão de negociar conflitos é derivada da própria aptidão de estabelecer contratos, pois a proposta da sociedade civil é aumentar a virtude cívica, não a reduzir a um patamar inferior.

[3] *Ubi societas ibi jus*: não há sociedade sem direito (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015).

[4] Hooker foi um expoente no pensamento religioso anglicano e político inglês. Atualmente, é mais conhecido indiretamente pelas referências de John Locke.

2.3. A origem da conciliação

Ao se tratar dos assim chamados métodos alternativos de solução de conflitos estimulados pela nova legislação, tem-se a clara sensação estar-se diante de uma inovação no ordenamento jurídico. Na realidade, entretanto, estamos observando um instituto mais antigo e original que a própria jurisdição, o que vem a levantar o questionamento sobre qual modo de pacificação é realmente a alternativa[5].

Seja abordando a autocomposição do ponto de vista filosófico ou do histórico, chega-se a mesma conclusão de que seus institutos são anteriores ao Estado. Partindo dos pensadores já comentados, como Hobbes e Locke, nenhum deles ousou negar a existência de contratos no estado hipoteticamente natural em que não há um poder público. Ambos apenas observaram o caráter limitado dos mesmos, pois contavam tão somente com a proteção dos meios privados de solução de conflitos, havendo maior insegurança. Mas antes do recurso à autotutela enquanto uso da força, a razão deveria invocar outros métodos do próprio "direito natural" para resolver seus impasses. Considerando a capacidade de autocompor como uma mera extensão do direito de contratar, pois ambos nascem do livre acordo de vontades, a experiência de resolver litígios pelo diálogo é inerente a própria existência do mundo privado, em contraste com o Estado, uma criação artificial posterior.

Empiricamente observa-se também que a conciliação já era existente na China feudal em tempos antigos, cerca de 3.000 anos atrás. Por influência ainda do confucionismo os litígios deveriam "resolver-se fora dos tribunais oficiais através de um processo de compromisso, mediação e arbitragem" (DAN, 2015, p. 379). Inicialmente havia os postos denominados "Tiao Ren" (mediador) e "Xu Li" (responsáveis por acalmar conflitos de pequenas causas). Posteriormente, a partir de 221 a.C. as práticas foram tornando-se mais institucionalizadas até serem convertidas em etapa pré-processual obrigatória durante a dinastia Tang entre 618-907 d.C. Durante todo este tempo a mediação complementava o sistema judiciário e contribuía para a continuidade dos clãs, tribos e aldeias (DAN, 2015).

[5] "É bem verdade que hoje em dia o termo "alternativos" vem sendo substituído por "apropriados, adequados, ou mesmo amigáveis", na medida em que, numa sociedade desejavelmente evoluída, a jurisdição deveria ser o último degrau a ser galgado, bem depois das soluções consensuais, e apenas em caso de insucesso dessas" (PINHO, 2015, p. 2).

Decerto as práticas da antiguidade eram muito diferentes do que se pretende contemporaneamente; guardavam a roupagem do seu tempo. A retórica da filosofia e da teoria geral do processo carecem de empiria antropológica ao dizerem genericamente que os povos, etnocentricamente denominados primitivos, recorriam à força privada. Respeitadas as proporções culturais e cronológicas, a essência do instituto conciliativo sempre esteve presente em maior ou menor grau na maioria das civilizações. É insensato supor que nas comunidades tradicionais, nas quais não há Estado dada a baixa complexidade de suas instituições, a autotutela seja a única forma de preservação dos indivíduos. Ao contrário, nestes povos mais simples, costuma haver um maior grau de solidariedade social[6] unindo os indivíduos a um compromisso com o coletivo. Assim, a prática de recorrer a um líder comunitário, autoridade local, sacerdote ou ancião para dirimir um conflito, em instituto análogo a arbitragem, ou o dever de assumir sua responsabilidade perante o outro para não sofrer as penas da reprovação social, em tarefa semelhante à autocomposição, é da organização comum de muitos povos.

Apenas para ilustrar brevemente o que se argumentou acima, convém analisar o descrito pelo antropólogo Evans-Pritchard em *Bruxaria, oráculos e magia entre os Azande*. O autor explica que quando alguém deste povo da África Central considera-se prejudicado por outra pessoa, devido ao sentimento de inimizade entre estes, é comum ser o desafeto acusado de fazer bruxaria para lhe causar mal. Feita a acusação, intermediada por um oráculo, instala-se um jogo curioso em uma cerimônia. Por mais que o suposto ofensor possa considerar a insinuação um insulto e entender nada dever a outra parte, a expectativa geral é que ele assuma sua responsabilidade em tom desculposo e sincero dizendo: “Se possuo bruxaria em meu ventre, disso não tenho consciência”. Quebrar o protocolo pode lhe custar sua reputação ou fazer a todos presumir ser ele mesmo culpado. Deste modo, o mais sábio, e o que sempre se faz, é aceitar a acusação humildemente e justificar não ter agido por mal. Por mais tradicional e ritualístico que seja, trata-se de um procedimento de pacificação social, no qual o acusado deve aceitar voluntariamente a possibilidade de ter causado danos a outrem, ainda que inconscientemente, assumindo-se em débito perante a coletividade. Assim, alguém que cultive muitos conflitos com seus vizinhos poderá esperar muitas acusações. E sofrerá o peso de ter de responder por elas. No caso, pouco importa a verdade real, se há verdadeira bruxaria ou não. É relevante apenas que o ritual nasce de

[6] Utiliza-se a expressão em seu sentido sociológico designando vínculos de interdependência para a coesão social.

uma desavença e visa a encerrá-la pacificamente, gerando um sentimento de responsabilização, sem que o acusado seja levado a julgamento perante o príncipe. Trata-se, por assim dizer, de um método informal de autocomposição:

> A questão da retaliação não se coloca. Desde que a parte ofendida e o bruxo observem as formas corretas de comportamento, o incidente estará encerrado sem qualquer troca de palavras ásperas e muito menos golpes; na verdade, sem que nem mesmo as relações entre as partes fiquem estremecidas. O objetivo de todo o procedimento costumeiro, ao contrário, é acalmar ressentimentos e fazer com que o bruxo retire sua bruxaria (PRITCHARD, 2005, p. 63).

A justiça conciliativa também tem em nossa tradição romana do direito raízes profundas. A "conciliação é um instituto antigo de direito processual civil, cujas origens remontam às fontes romanas. Conheceu-a e praticou-a o direito intermédio e mereceu a mais cuidadosa atenção da doutrina" (BUZAID, 1989, p. 8-9). E mais especificamente no Brasil colônia, adotava-se a legislação portuguesa a qual previa uma conciliação prévia ao contencioso judicial. Dizia-se na Ordenação do Livro III, Título XX, §1º:

> No começo da demanda dirá o juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e se sigam entre elas os ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastarem suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre é duvidoso (apud RUIZ, 2015, p. 282).

Seja como for, os procedimentos amigáveis de solução de conflitos derivam da própria condição social humana, preexistindo às complexas técnicas judiciais burocráticas. Compreender a natureza dos mesmos ao lado da jurisdição tradicional implica discutir o papel das duas formas de fazer justiça e como estas se relacionam entre si na sociedade contemporânea. Desta forma, a justiça conciliativa não se impõe tanto como uma inovação alternativa. Tampouco pode ser entendida como um retrocesso, ante a inexistência de um evolucionismo que justifique a superioridade da justiça estatal. Trata-se, de fato, de um reavivamento de uma prática há muito negligenciada, porém salutar.

2.4. Características jurisdicionais pela doutrina

Na doutrina contemporânea, de acordo com o professor Humberto Theodoro Júnior (2018), a jurisdição é identificada por ser uma atividade estatal *secundária*,

instrumental, *declarativa* ou *executiva*, *desinteressada* e *provocada*[7]. A secundariedade é o atributo que reconhece a primariedade da vontade das partes, e que a mesma subsiste em sua originalidade. Quando exerce jurisdição o Estado está promovendo de maneira coercitiva sobre os litigantes uma solução que deveria ter sido primariamente obtida, de maneira pacífica e espontânea, pelos próprios sujeitos da relação jurídica. Tal característica se relaciona diretamente à substutividade, pois quando o juiz define o litígio, ele substitui a vontade dos interessados pela sua, fazendo uma escolha que deveria ter sido praticada antes pelas partes, já que "a conformidade da conduta prática com os ditames das normas de fundo é dever que originalmente toca aos próprios sujeitos das relações jurídicas materiais" (THEODORO JÚNIOR, 2018, pp. 145-146).

A instrumentalidade se deve ao fato de que a função jurisdicional não é um fim em si mesmo, mas uma forma de impor obediência aos cidadãos, resguardando o direito material. Em outras palavras, o propósito da jurisdição é o cumprimento das normas de direito substancial e de seus objetivos sociais (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015). Acrescente-se que se é instrumental, não é, em regra, indispensável[8], assim como pode ser flexibilizada em favor do fim buscado. O valor da jurisdição reside justamente em introduzir um elemento de coerção por trás das relações jurídicas, fazendo saber, caso os interessados abandonem os deveres de boa-fé ou não consigam chegar a um consenso, que o Estado pode ser acionado para obrigá-los a agir como deveriam ter feito espontaneamente[9].

O caráter de atividade declarativa ou executiva refere-se à incapacidade, em regra, de a jurisdição inovar o ordenamento jurídico, vez que se limita ao poder de "dizer o direito no caso concreto", devendo a palavra do julgador traduzir a vontade anteriormente prevista pelo legislador. Em outros termos, os julgados não são, em regra, fontes do direito, isto é, não se propõem a formular normas abstratas, criando ou

[7] A doutrina fala ainda de outras características como a definitividade (relacionada à formação de coisa julgada), inafastabilidade (CRFB, art. 5º XXXV), indelegabilidade (por ser um monopólio estatal), investidura, aderência ao território e unidade (em todo território nacional). Serão abordados ao longo do capítulo na medida da sua pertinência à discussão travada.

[8] O princípio *nulla poena sine judicio* que traduz a indispensabilidade do controle jurisdicional tem aplicação restrita, principalmente no direito penal, não devendo ser confundido com um atributo geral da jurisdição.

[9] A esse respeito, Thomas Hobbes já havia ensinado com eloquência: "Porque as leis da natureza (como a justiça, a eqüidade, a modéstia, a piedade, ou, em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar qualquer segurança a ninguém" (2003, p. 143).

restringindo obrigações. A jurisdição é, na verdade, uma atividade instaurada ante a ocorrência de uma incerteza ou violação, por meio da qual o magistrado (re)estabelece o império da lei, apesar da relativa liberdade criativa que este detém para completar as lacunas da norma legislada e do sistema de precedentes importado do *common law*[10] (THEODORO JÚNIOR, 2018).

O desinteresse e a necessidade de provocação, por suas vezes, referem-se a imparcialidade e a inércia do juiz. O julgador se mantém em posição equidistante dos interessados e não se submete a outro interesse senão o da lei na solução de conflitos. Dessa necessidade de não se contaminar com os anseios privados em litígio, decorre que o magistrado não pode agir de forma espontânea, buscando conflitos para pacificar: *ne procedat iudex ex officio*[11] – expressão que traduz o princípio dispositivo (THEODORO JÚNIOR, 2018). Em suma, enquanto um dos interessados não tomar a iniciativa, não deve o Poder Judiciário intervir na relação jurídica, ainda que um deles seja o próprio Estado, e quando o fizer, deve manter-se neutro de modo a não comprometer a seriedade do seu trabalho.

Deve-se compreender que a iniciativa espontânea do processo traria o risco de criar novos conflitos, por alterar artificialmente a dinâmica de relações jurídicas e sociais as quais o juiz muitas vezes não compreende em sua profundidade. Além disso, a autonomia dos cidadãos estaria sendo apropriada em proporção muito maior se fosse admitido de forma generalizada ao poder público substituir a vontade dos particulares pela sua em casos os quais a sua intervenção não foi solicitada. Tal pretensão incorreria na ameaça de politizar o judiciário e o tornar autor de uma missão civilizatória. Estaríamos potencialmente às portas de um Estado totalitário[12].

Outra característica da jurisdição é a sua definitividade, pois só ela tem o poder de tornar imutável a solução de uma controvérsia, fazendo coisa julgada, não sendo esta passível de desconstituição nem mesmo pela lei, consoante art. 5º, XXXVI, CRFB: *"a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada"*. Tal norma é expressão do princípio constitucional da segurança jurídica e demonstra o prestígio conferido ao poder judiciário. Este tem a capacidade de se sobrepor as

[10] O citado autor considera lícito concluir que, nos limites dos precedentes, as teses judiciais adquirem a autoridade de fonte do direito, dada a ampliação da força normativa das mesmas.
[11] Do latim: o juiz não deve proceder de ofício. Tradução disponível em: http://www.enciclopedia-juridica.com/pt/d/ne-procedat-judex-ex-officio/ne-procedat-judex-ex-officio.htm
[12] Adota-se o entendimento de Norberto Bobbio (2007) para quem, em suma, o Estado Totalitário é aquele que absorve as funções da sociedade civil sem deixar (quase) nada fora de seus limites.

decisões privadas ou mesmo as dos demais poderes, por razões de legalidade em sentido amplo, de modo que sua palavra se torne indiscutível – respeitado obviamente o exaurimento dos recursos cabíveis.

Dadas os elementos debatidos, a jurisdição contenciosa, portanto, caracteriza-se pela verticalidade. Fala-se comumente na *triangulação da relação processual*: as partes ocupam a base e o juiz o vértice superior. Trata-se de uma *atividade*, por assim dizer, autoritária, dotada de *poder* de império, na medida que decorre de um esvaziamento parcial da liberdade individual em prol de um terceiro que se sub-roga na *função* de tutelar os interesses públicos ou privados, sob a premissa de que é capaz de fazê-lo com maior eficiência. Nesse sentido, tem-se o caráter tridimensional da jurisdição: enquanto poder, função e atividade (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015).

Por tudo que já foi exposto, resulta que a função jurisdicional, para os conservadores, é executada sempre, ou na maioria das vezes, sobre uma lide. Na concepção clássica de Carnelutti (1999), define-se lide como um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Sendo assim, revela-se imprescindível nessa visão a existência de um impasse, um oposicionismo entre as partes, levado perante o juiz. Seria portanto, essencialmente, uma técnica heterocompositiva[13]. Deste modo, "a lide é verdadeiro polo metodológico da doutrina de Carnelutti" (PINHO, 2015, p. 150). Por conseguinte, em todas as atividades por ventura desempenhadas pelo magistrado nas quais se identifique a convergência de interesses entre os particulares, não seria técnico falar propriamente em jurisdição, pois haveria *mera administração de interesses privado*s (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015).

2.5. O lugar da justiça conciliativa em relação à jurisdição

Nesse contexto, é possível retomar o debate acerca do caráter jurisdicional ou não da justiça conciliativa. Seguindo o entendimento tradicional, concluímos que a atividade de celebrar acordos não partilha de muitas das características discutidas acima. Notavelmente, a autocomposição carece do atributo da substutividade, já que a vontade das partes é preservada e reconhecida pelo Estado. No mesmo sentido, não haveria que se falar em secundariedade, pois se as próprias partes encontram a solução do litígio,

[13] Heterocomposição designa a delegação da tarefa de composição do conflito a um *outro*, um terceiro (juiz ou árbitro) estranho a relação material.

tem-se o meio primário de composição. Igualmente se afasta a declaratividade ou executividade, posto que a conciliação e a mediação muito se assemelham à celebração de um novo contrato. Ou seja, elas inovam em matéria de direitos e obrigações, podendo adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas[14], de acordo com a ampla liberdade de disposição das partes. Não se tem, deste modo, a preocupação de impor a vontade da lei no caso concreto. Sendo o direito disponível, pode muito bem a lei ser excepcionada e a verdade real deliberadamente ignorada.

Compreende-se, portanto, a rejeição de parte da doutrina que o fomento do Estado à autocomposição seja atividade jurisdicional. A postura do soberano que dialoga em meio às partes, e não acima delas, desconstrói o Leviatã hobbesiano. Nela, não há que se falar em poder de império ou verticalidade. Inexiste o elemento da delegação de autonomia que caracteriza o contrato social, tal como a expectativa da pacificação do conflito pela derrota daquele que violou o direito. E assim o papel do juiz torna-se naturalmente secundário, haja vista o protagonismo das próprias partes. Nesse sentido:

> A ideia da assimilação dos negócios jurídicos à teoria geral do processo foi repelida e não obteve progresso na doutrina em geral porque, embora muitos negócios se realizem mediante procedimentos estabelecidos em lei ou contrato, as atividades e as relações entre os sujeitos contratantes apoiam-se na autonomia de vontade e não em um suposto poder, com a sujeição jurídica de algum sujeito às decisões ou imposições de outro. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 30)

Por outro lado, vozes mais contemporâneas vêm defendendo a extensão da noção de jurisdição aos institutos de conciliação e mediação, considerando que os mesmos também são instrumentos de acesso à justiça e pacificação social de conflitos. Para Muniz (2015, p. 375) a autocomposição judicial "pode ser percebida como jurisdição. Por ser uma forma de administração da justiça, porém limitada dentro dos parâmetros legais, alcança os anseios da sociedade de realização da justiça [...]".

Em defesa desse posicionamento, é possível argumentar que, ao menos quando celebradas perante o judiciário, a conciliação e a mediação não dispensam por inteiro o poder de "dizer o direito" do magistrado. Também as mesmas têm de seguir as normas

[14] Maria Helena Diniz (2008, p. 40) conceitua contrato como "o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial".

processuais, consoante capítulo específico do Código de Processo Civil[15]: começam por provocação das partes, há uma petição inicial, que deverá ser acompanhada de documentos (CPC, art. 720), há a citação dos demandados e a oportunidade de resposta (art. 721), fala-se em análise do mérito por sentença (art. 724) e prevê a interposição de recurso de apelação, fazendo coisa julgada (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015). Percebe-se que estão presentes os elementos formais de um processo jurisdicional, embora isso por si só não seja determinante[16].

Seria possível levantar objeção a essa visão arguindo que na chamada jurisdição voluntária, gênero da justiça puramente conciliativa[17], inexiste lide, pois se as partes concordam entre si, não se estabelece uma pretensão resistida. Neste ponto, talvez seja necessário flexibilizar o entendimento. Em crítica a Carnelutti, Calamandrei (apud OLIVEIRA, 1985) questiona a necessidade de contenciosidade para qualificar a ocorrência de jurisdição, afirmando ser tal teoria um retrocesso. O autor recusa a tese segundo a qual se não houvesse lide, no sentido por ele exposto, inexistiria atividade jurisdicional. Mais correto seria adotar um conceito que possa abranger contextos em que inexiste interesses conflitantes, do que os classificar como atividade administrativa. Para este autor a jurisdição é simplesmente a aplicação do direito objetivo ao caso concreto, afastando a necessidade de lide.

É interessante a posição descrita acima se considerarmos que para Hobbes (2003) a primeira finalidade do Estado é garantir a segurança jurídica. A jurisdição poderia ser entendida então como a aplicação do direito pelo poder judiciário em vistas de conferir maior segurança às relações. O caráter impositivo seria assim incidental, embora frequente. Não é necessário sustentar que a chamada jurisdição voluntária como um todo seja efetivamente jurisdicional. Basta reconhecer enquanto tal ao menos a justiça conciliativa. A mesma se localiza em um limiar entre a contenciosa e a

[15] Capítulo XV, Dos Procedimentos de Jurisdição Voluntária da lei 13.105/2015. O artigo 725, VIII determina a aplicação das referidas normas ao procedimento de homologação de autocomposição extrajudicial, de qualquer natureza ou valor. Ou a conciliação pode também ser celebrada no curso de um processo contencioso, situação em que o conflito subjacente é ainda mais evidente.

[16] Critica-se que o processo administrativo segue etapas semelhantes e nem por isso é jurisdicional, bem como há processos judiciais que não fazem coisa julgada, de modo que o critério seria falho (SÁ, 2020). Mas o processo administrativo não é função típica do judiciário, sendo desempenhado em regra pelo executivo. Talvez aqui o critério subjetivo (quem faz) justifique o status diferenciado. Não sendo os procedimentos relativos a matéria interna da administração judiciária, não há porque considerá-los função executiva. Ademais, a arguição de que existe jurisdição sem coisa julgada não implica que possa haver coisa julgada sem jurisdição.

[17] Argumenta-se que o procedimento puro de conciliação, que leva à homologação um acordo extrajudicial, encontra-se no capítulo da jurisdição voluntária, conforme o citado art. 725, VIII do CPC.

voluntária. Afirma-se isso posto que o procedimento puro de conciliação, que leva à homologação um acordo extrajudicial, encontra-se no capítulo da jurisdição voluntária (art. 725, VIII do CPC), e ao mesmo tempo a autocomposição é fomentada no seio do processo contencioso (art. 190 c/c 334 do CPC).

Tão tênue pode ser a fronteira entre aspecto litigioso e cooperativo que se o réu confessa o contexto fático-jurídico narrado pelo autor, o juiz proferirá em seguida uma sentença em jurisdição contenciosa (SÁ, 2020), mas de caráter praticamente autocompositivo, a despeito de não haver a celebração de um acordo formal. De fato, não há pontos controvertidos a serem elucidados pelo magistrado por não haver resistência do demandado, cabendo ao julgador apenas avaliar o cabimento formal dos pedidos autorais em relação ao direito, quase como um provimento homologatório.

Conforme exposto acima, até um procedimento de homologação de autocomposição, que já nasce para o Estado em cooperação, não prescinde totalmente de contraditório. Como é sabido, este não necessita da efetiva resposta da parte adversa para que tenha ocorrido, desde que tenha havido a oportunidade real de influenciar a decisão do juiz. Em outras palavras, a ausência voluntária de defesa não implica inexistência desse direito. Aliás, já sustentava a doutrina antes do NCPC, que o princípio da cooperação – intimamente ligado à justiça conciliativa – decorre do princípio do contraditório, pois este exige a participação dos sujeitos para o desenrolar da dialética processual (THEODORO JÚNIOR, 2018). Nesse sentido, parece válido relativizar a afirmação de que na conciliação não há lide. Ora, se as partes sentiram a necessidade de buscar o judiciário, salvo nas hipóteses em que a lei assim obriga, é porque em seu âmago existe um conflito que depende da pacificação judicial, ainda que meramente homologatória. Assim, tal qual o contraditório não deixa de existir em uma situação de revelia, a lide, embora latente, como causa de pedir remota, está presente na autocomposição (OLIVEIRA, 1985), posto que se não houvesse pretensão e resistência as partes sequer teriam buscado a autoridade de um juiz.

Lógica semelhante recai sobre as características da substutividade e da secundariedade. Se em princípio a homologação não substitui a atividade das partes, parece correto dizer que aquilo que o magistrado modifica é o caráter privado da vontade dos interessados pelo público[18], jurisdicional, capaz de fazer coisa julgada[19].

[18] "a atividade jurisdicional é sempre atividade de substituição; é, queremos dizer – a substituição de uma atividade pública a uma atividade alheia" (CHIOVENDA, 2002, p. 17).

Assim, as partes requerem que o juiz torne sua a vontade por elas acordada, comprometendo-se a agir no sentido da preservação do acordo. Pouco importa que a sentença não seja impositiva[20]. A homologação transforma a solução jurídica acordada em imutável e indiscutível, o que por certo só a vontade do Estado poderia fazer, e exige algum poder de império para tanto, ainda que em grau reduzido. Disso decorre que o provimento de homologação é, de certa forma, secundário, pois o acordo já existe extrajudicialmente para os interessados, o que deveria bastar. A necessidade de intervenção do poder público, por meio de um juiz, para promover a integração de vontades dos agentes e ratificar a elaboração de um acordo privado é, sem dúvida, providência secundária, desejada para garantir maior grau de segurança jurídica a um contrato que já nasceu numa situação de conflito.

Nesse sentido, a sentença homologatória é também declarativa ou executiva da lei, na medida em que o magistrado reconhece a conformidade do consenso com os ditames legais e, ao fazê-lo, realiza também valores constitucionais. Aliás, foi o próprio desejo da legislação incorporar a conciliação ao processo para que o juiz execute o direito por esse meio. O art. 3º do CPC, o mesmo dispositivo que reproduz a norma da inafastabilidade da tutela jurisdicional, determina em seu §3º que a solução consensual de conflitos seja estimulada, inclusive no curso do processo. O §2º ainda do mesmo artigo impõe que: "O Estado promoverá, **sempre que possível** [grifo nosso], a solução consensual dos conflitos". Assim, não se está evitando a execução do mandamento legal, senão a legalidade rígida e formal, que de todo modo já não é a prática da maioria dos juízes mesmo no processo contencioso.

Para Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, pp. 30-31), o objetivo jurídico da atuação da vontade concreta do direito é apenas um dos propósitos da jurisdição. Há de se considerar ainda o chamado escopo social, consistente na "educação para o exercício dos próprios direitos e respeito aos direitos alheios", e igualmente o escopo político, que se refere "a preservação do valor liberdade, a oferta de meios de participação nos destinos da nação e do Estado e a preservação do ordenamento jurídico e da própria autoridade deste"[21]. Como veremos mais adiante, a justiça conciliativa, a depender do

[19] Para E. Allorio, bem como para o já citado Calamandrei, "a essência do ato jurisdicional está em sua aptidão para produzir a coisa julgada" (apud SILVA, 1991, p.21-22)

[20] Pela ausência desse requisito a doutrina prefere chamar a substutividade da jurisdição voluntária de integratividade (SÁ, 2002).

[21] Não custa lembrar aqui a clássica teoria tridimensional de Miguel Reale (1954), segundo a qual o direito existe sob três aspectos: fato, valor e norma. Todo o ordenamento jurídico deveria ser

caso, pode ser até mesmo mais eficaz para a promoção destas finalidades do que o exercício contencioso.

À luz de tudo que já foi exposto até o momento, considera-se aceitável a posição segundo a qual o exercício da jurisdição abarca práticas não-contenciosas como a conciliação e a mediação. Entretanto, a doutrina majoritária ainda resiste a esse entendimento. A maioria dos autores ainda prefere chamar os institutos de autocomposição de *meios alternativos de solução de conflitos*, ou *equivalentes jurisdicionais*, "pelo simples motivo de que o conciliador e o mediador não exercem poder algum, nada julgam e nada impõem aos litigantes" (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 31).

Ao contrário, o ponto de vista ora exposto é conveniente ao presente trabalho uma vez que prestigia conceitualmente a justiça conciliativa, permitindo-a situar-se não apenas ao lado da atividade tradicional, mas entrar por completo dentro da teoria do processo, fundamentando sua importância. De fato, a posição conservadora nos induz a acreditar que o trabalho do juiz é exercer jurisdição contenciosa. Se esta é a função típica do judiciário e todo o resto corresponde a competências administrativas, delegadas por força de lei, então a solução consensual é uma atividade executiva atípica, algo que está fora do escopo habitual daquele poder. Nesse sentido, conciliar torna-se uma atividade secundária ou acessória na sua missão, ou alternativa e equivalente, como as expressões empregadas sugerem. Não só por razões técnicas, como o presente trabalho pretenderá demonstrar, há em curso uma importante mudança paradigmática que desloca o foco do processo da litigância para a cooperação. Acreditando que tal transformação possui dimensões não só práticas, mas também teóricas e culturais dentro do direito, sustenta-se a ampliação do conceito por ser mais adequado a solidificar a tendência em comento.

compreendido nessa polivalência: enquanto expressão de uma realidade social, de um projeto político axiológico e de um preceito estatal ordenador. O processo não haveria de ser diferente.

3. A CRISE DO JUDICIÁRIO

3.1. A tensão entre o acesso e o excesso na justiça

Atualmente, muito se discute a respeito do excesso de judicialização e a incapacidade do judiciário de atender a um número tão elevado de causas[22], problema que onera a máquina do Estado com questões as quais poderiam ter sido evitadas ou solucionadas extrajudicialmente se as relações entre os diversos atores sociais funcionassem harmonicamente, ou se autocorrigissem em caso de falhas.

Compreender o citado excesso invoca paradoxalmente o debate acerca do acesso à justiça (REIS, 2014). Seria de se pensar, em um primeiro momento, que há uma correlação positiva entre os dois fenômenos. Isto é, a propositura demasiada de processos seria fruto de uma ampla facilidade de entrada no judiciário. A realidade, contudo, coloca ambos em oposição.

Inicialmente faz-se importante lembrar a profundidade da noção de acesso à justiça[23]. Este não se limita ao aspecto formal da possibilidade de ingressar em juízo com uma ação, mas engloba a efetiva satisfação do direito material com a consequente pacificação do conflito. Deste modo, é um conceito que se materializa em diversos aspectos. O Art. 4º do Código de Processo Civil positivou essa ideia quando normatizou que: "As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa". (BRASIL, 2015). Assim a lei ajuda a entender que o acesso real à justiça é aquele que prima pela justa resolução do mérito da causa, com a entrega do bem jurídico pleiteado, inclusive quanto aos procedimentos de execução, em um tempo hábil. Visando a contemplar esse aspecto substancial, Watanabe (2019) prefere falar em *acesso à ordem jurídica justa*, o que engloba uma forma mais ampla de acessibilidade, inclusive quanto a justiça conciliativa, considerando que não só no judiciário se aplica o direito.

[22] São quase 80 milhões de processos para um pouco menos de 20 mil magistrados. De acordo com o *Relatório Justiça em Números 2019,* divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2018, cada juiz brasileiro julgou, em média, 1.956 processos, o que equivale a 7,8 casos por dia útil.

[23] "[...] o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação". (CAPPELLETTI; GARTH (1988, p. 11-12).

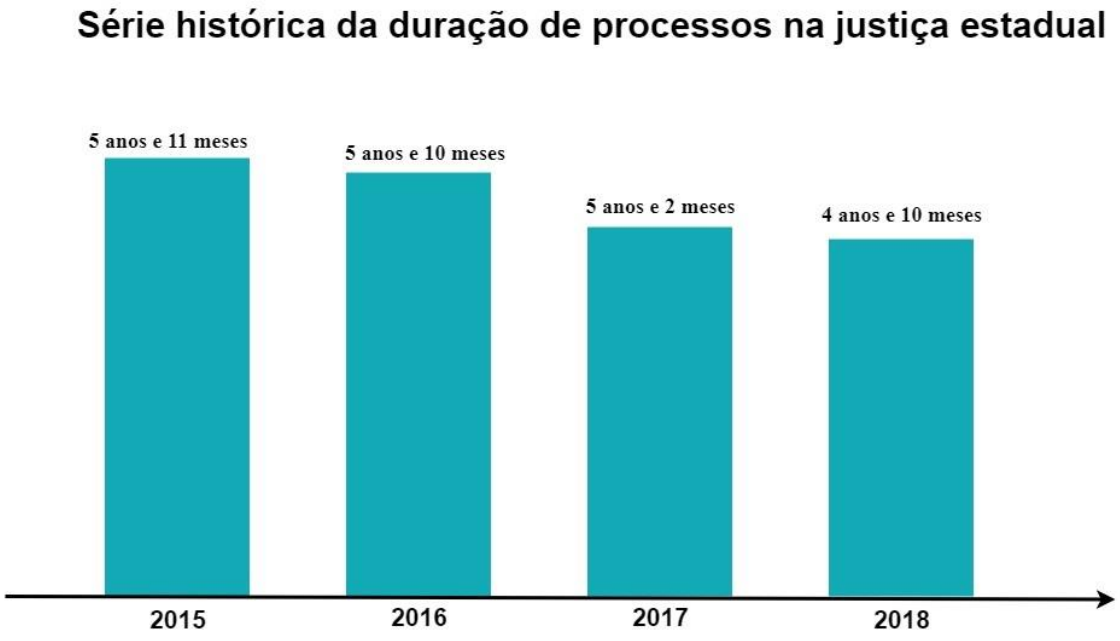
Já o excesso de judicialização é explicado por Cappelletti, em parte, pela transformação do Estado Liberal para o Estado Social ao longo do século XX, fenômeno que seria acompanhado de uma crescente desilusão em relação às classes políticas e aos governos (apud REIS, 2014). Dessa sensação de deficiência do Estado emergiria o protagonismo do juiz como reparador de injustiças. De fato, é coerente a ideia de que a demanda reprimida nos outros poderes se transfere ao judiciário. Entretanto, parece cabível uma ampliação do argumento. Quando a sociedade apresenta um baixo grau de institucionalização, caracterizado pela fragilidade de seu Capital Social[24], traduzido na carência de instrumentos de autocomposição, os conflitos se multiplicam ao passo que a jurisdição contenciosa desponta como o caminho natural – ou o único – para resolvê-los.

Seja como for, o excesso de judicialização é mais identificado como uma patologia do que a consequência de tribunais mais acessíveis. Na verdade, o elevado número de demandas, apesar de representar uma maior abertura formal da justiça, implica uma crescente dificuldade de atender, com qualidade, as necessidades dos jurisdicionados. Assim, experimenta-se o paradoxo de que no judiciário demanda-se muito e resolve-se, proporcionalmente, pouco.

[24] O conceito é aqui empregado referindo-se "a existência de relações de solidariedade e de confiabilidade entre os indivíduos, grupos e coletivos, inclusive a capacidade de mobilização e de organização comunitárias, traduzindo um senso de responsabilidade da própria população sobre seus rumos e sobre a inserção de cada um no todo". (GUSTIN, 2005, p. 198)

3.2. A situação do judiciário segundo os dados oficiais

O relatório *Justiça em números* de 2019, publicado pelo CNJ, demonstra que em média, a cada 100.000 habitantes, 11.796 ingressaram com uma ação em 2018, isto é, quase 12% da população. Olhando para um período mais longo, Dakolias (apud SOUZA, 2015, p. 50) afirma que "o judiciário brasileiro em geral experimentou um aumento de dez vezes no número de casos ajuizados anualmente durante o período de 1988 a 1996". Coerentemente, há uma taxa de congestionamento nos tribunais estaduais de 75% no primeiro grau de jurisdição e 46% no segundo[25]. A duração média das causas na Justiça Estadual é de 4 anos e 11 meses. Apesar da demora, esse tempo de espera vem sofrendo uma significativa diminuição nos últimos anos, como se observa:



Fonte: Justiça em Números 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019. Acesso em: 03 mai. 2020

Explica o relatório que esses valores devem ser interpretados com cuidado. O instrumento da média guarda limitações metodológicas para expressar o tempo, vez que é fortemente influenciado por valores extremos. As medidas encontradas podem então estar sendo subestimadas por extinções prematuras de processos e até mesmo pelas

[25] A taxa de congestionamento mede a efetividade do tribunal em um período, levando-se em conta o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período anterior ao período base. Fonte: www.cnj.jus.br.

conciliações, que deslocam a média para baixo. Assim, um processo no qual seja interposto recurso da sentença de conhecimento, seja a mesma confirmada em sede de apelação e baixada para cumprimento poderá chegar em média a 7 anos e 11 meses de duração[26].

Um resultado desse quadro de inacessibilidade é que outros tantos conflitos ficam represados na sociedade, enquanto *litigiosidade contida*[27], ante a descrença na eficiência jurisdicional. Os cidadãos, insatisfeitos com os mecanismos legítimos de pacificação podem, no limite, recorrer a condutas antissociais ou criminosas (BACELLAR, 2015). A esse respeito, destaca-se:

> Os perigos de tais posturas, Kafka outrora bem os revelou ao enunciar, no magistral "O processo", que a Justiça existe para quem nela acredita. Destarte, a perda dos valores simbólicos, carcomidos pelas algemas da lentidão, inevitavelmente acabará resultando na prevalência da lei do mais forte, na exacerbação do poder econômico, acabrunhando sempre e mais o desvalido cidadão comum. (MELLO, 2007, pp. 88-90)

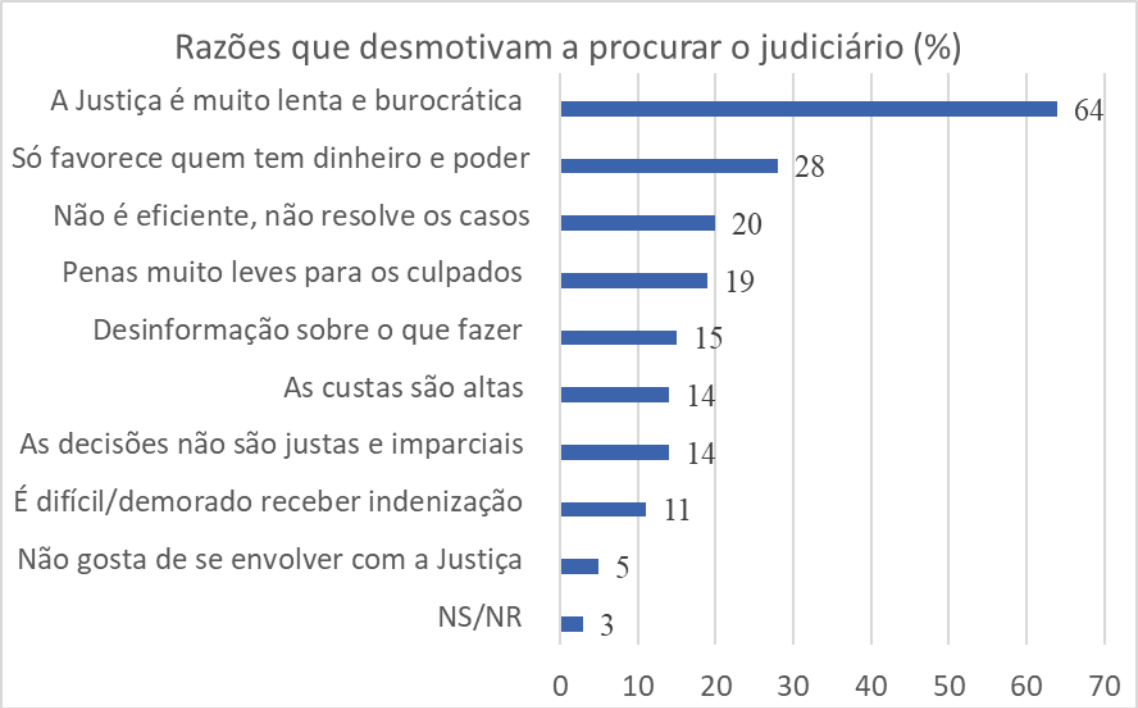
Em relação ao risco de que a corrosão da legitimidade da tutela judiciária possa levar a autotutela (ilícita), o império da força é apenas uma das práticas nefastas que podem advir. Uma outra gama de costumes, muito bem conhecidos de nossa cultura patrimonialista, são aplicados para preencher o vácuo deixado pela baixa institucionalidade. Falamos de propinas, apadrinhamentos, trocas de favores, "carteiradas", etc. Formas de invadir o espaço público com práticas privadas, que são expressão do poder particular de quem as usa, fazendo com o que o direito esteja disponível para uns, embora não para outros. Isso sem necessidade de adentrar no proporcional ganho de legitimidade que resulta a organizações criminosas ou "coronéis" de um modo geral, que conquistam espaço de autoridade na ausência de uma referência pública.

Tal incredulidade é um problema real que impacta a imagem e a credibilidade do judiciário frente a sociedade. Em pesquisa de âmbito nacional realizada em 2019 pelo IPESPE[28] em parceria com a FGV, investigou-se a percepção que a população e operadores do direito têm do funcionamento do judiciário. Constatou-se que 21% da população entrevistada avalia a atuação do judiciário como boa ou ótima, contra 35%

[26] Constatou-se no relatório demora de 3 anos e 3 meses no primeiro grau, 1 ano e 1 mês no segundo grau e 3 anos e 7 meses em cumprimento de sentença.
27 Expressão utilizada por Kazuo Watanabe (1985).
[28] Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas.

que avalia como ruim ou péssima. Do total, 41% consideram regular e 3% não souberam opinar. Comparativamente, um estudo realizado em abril de 1999 pela Vox Populi, portando vinte anos antes, mostra que apesar dos esforços recentes de modernização, muito pouco mudou na opinião da sociedade. À época, perguntados sobre a qualidade do judiciário, 34% dos entrevistados a consideravam competente, contra 58% que a julgavam incompetente.

A pesquisa atual perguntou também a pessoas comuns quais são os motivos que mais as desmotivam a procurar a tutela do judiciário. A tabela abaixo representa as respostas obtidas:

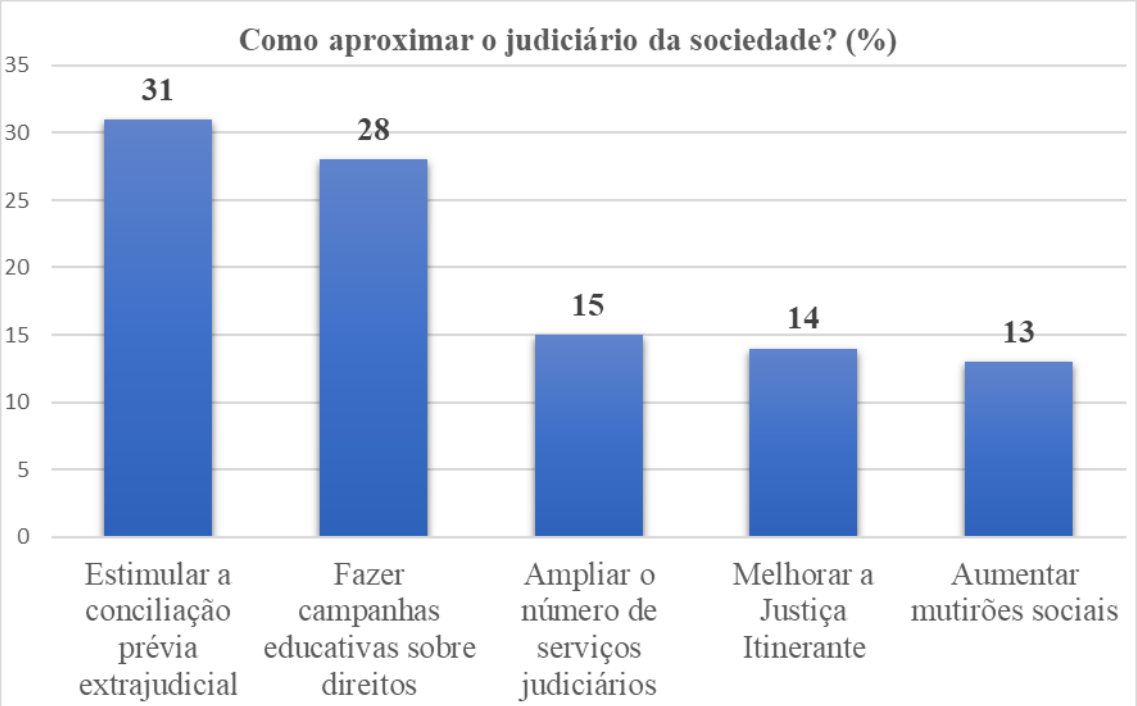


Fonte: IPESPE

Percebe-se que as maiores dificuldades identificadas são a morosidade e a burocratização dos processos. Também foram alegadas falta de eficiência e demora para receber indenizações, que são problemas da mesma natureza. Além disso, quando perguntados se consideram a justiça lenta, 93% concordaram que sim (na pesquisa de 1999, houve 89% de concordância). Mas já em 1993, em pesquisa do Ibope, 87% dos entrevistados diziam que "o problema do Brasil não está nas leis, mas na justiça, que é lenta" (CASTELLAR PINHEIRO, 2003, p. 45). Outro aspecto destacado é que respectivamente 28%, 14% e 5% dos entrevistados responderam que o judiciário só

favorece que tem dinheiro e poder[29]; que as decisões não são justas; e que não gostam de se envolver com a justiça, demonstrando certa insatisfação e distanciamento da população. Além disso, as reclamações quanto aos valores de custas e desinformação sobre o que fazer incluem-se ainda nos aspectos formais do acesso à justiça. Apesar da avaliação negativa, 59% dos entrevistados afirmaram (em 2019) que vale a pena recorrer ao judiciário, contra 29% que pensam o contrário e 12% que não responderam.

Quanto à percepção dos magistrados, o estudo avaliou 3.830 respostas. Questionados sobre o que poderia ser feito para aproximar os tribunais da sociedade, estas foram as sugestões:



Fonte: IPESPE

É notável que para a maioria dos juízes, desembargadores e ministros[30], a melhor medida a ser tomada em termos de facilitar o acesso à justiça (ou ordem jurídica justa) é o amadurecimento da conciliação e mediação, sobretudo extrajudicialmente, com o propósito de prevenir litígios. Apesar deste quadro, como se verá mais adiante neste trabalho, há também resistência dos operadores do direito de um modo geral, a dedicarem-se a autocomposição.

[29] Em pesquisa de 1993 do IBGE se constatou que para 80% dos entrevistados "a justiça brasileira não trata os pobres e ricos do mesmo modo" (PINHEIR, 2002, p. 4)

[30] A amostra incluiu juízes de 1º e 2º grau em atividade; juízes e desembargadores inativos, assim como ministros de tribunais superiores.

Em outra pesquisa conduzida por Castelar Pinheiro, magistrados afirmaram que o a morosidade era "frequentemente agravada por indivíduos, firmas e grupos de interesse usarem a justiça não para pleitear direitos, mas para postergar o cumprimento de suas obrigações. O Estado, em particular, é visto como fazendo um mau uso contumaz da justiça, utilizando-a como instrumento quase-fiscal" (PINHEIRO, 2002, p. 4). Denota-se, portanto, o costume de recorrer ao judiciário quase como se este fosse um órgão policial, dotado de um aparato coercitivo para forçar o cumprimento das obrigações, mesmo quando não há uma controvérsia jurídica relevante que necessite de uma cognição judicial. Trata-se antes de uma estratégia de usar a máquina pública para arrancar a resistência do outro, ou propositalmente impô-la.

O cenário de crise do judiciário não precisa ser exaltado com o intuito de desprestigiar a jurisdição contenciosa em valorização das chamadas "soluções alternativas". Sem dúvida a via tradicional é imprescindível. Mas é preciso reconhecer a realidade de que há uma incapacidade estrutural do Estado-juiz de acompanhar o crescimento populacional e a multiplicação de litígios cada vez mais complexos (BACELLAR, 2015).

3.3. Respostas à crise

Com o intuito de melhor gerenciar o funcionamento do judiciário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estipula anualmente uma série de metas nacionais e específicas a serem alcançadas por esse poder[31]. Considerando que a duração razoável do processo é uma das dimensões do acesso à justiça, o CNJ define como quatro anos o prazo máximo ideal de duração dos processos, entre a distribuição da petição inicial e a prolação de sentença. Trata-se da Meta 2, a qual constitui o compromisso de todos os segmentos da justiça em julgar os processos mais antigos[32]. Embora muito justa a preocupação, há críticas ao estabelecimento desse prazo. Diz-se que é um escopo meramente quantitativo que gera uma pressão pela redução do acervo de processos nos tribunais, deixando em segundo plano a qualidade da prestação jurisdicional. De nada

[31] A redação das Metas para o ano de 2020 encontra-se disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Metas-Nacionais-aprovadas-no-XIII-ENPJ.pdf

[32] Para Justiça Estadual, por exemplo, devem ser julgados pelo menos 80% dos processos distribuídos até 31/12/2016 no 1º grau, 80% dos processos distribuídos até 31/12/2017 no 2º grau, e 90% dos processos distribuídos até 31/12/2017 nos Juizados Especiais e Turmas Recursais (CNJ, 2020).

adianta que a causa seja julgada rapidamente se a decisão não for justa, não observar os demais direitos processuais e, sobretudo, não pacificar o conflito. Existe, por isso, a preocupação de que muitos tribunais forcem a solução precoce de processos para atender a Meta 2 (PINHO, 2015). Contudo, há de se fazer justiça e reconhecer que a conciliação não foi esquecida pelo CNJ – corresponde à Meta 3[33].

A preocupação citada relaciona-se a um outro fenômeno criticado no judiciário brasileiro relacionado ao excesso de judicialização e a dificuldade de acesso à justiça: a jurisdição de massa. Esta designa uma precarização da atividade jurisdicional, que a aproxima de um modo de produção fordista[34], tornando as decisões mais rasas e padronizadas, na tentativa de atender a uma demanda igualmente massificada e repetitiva[35]. Dessa forma, não são raras as decisões de fundamentação tautológica, que apenas repetem dispositivo de lei, apresentam justificação genérica ou ignoram argumentos relevantes, no modelo "copia e cola". Destaca-se o relato de um magistrado do TJSP quanto ao julgamento de causas de acidente de trabalho:

> Os processos foram tratados em série, como jurisdição de massa, com quase todos os despachos em carimbos ou impressos colocados pelo cartório e audiências marcadas somente para as segundas e sextas-feiras, quatorze em cada um desses dias, efetuadas em mesa ao lado da minha, em que realizava outras audiências da Vara. As sentenças de acidentes do trabalho eram proferidas depois, em casa, usando rascunhos impressos com espaço para o lançamento da fundamentação do caso (BENETI, 1996, p. 28-29).

Tentando combater essa prática, o art. 489, §1º do CPC enumerou hipóteses como as citadas, dentre outras, como vício de fundamentação, constituindo causa de nulidade do provimento. Contudo, considerando uma realidade as altas taxas de congestionamento dos juízos, alguma flexibilização dessa regra acaba sendo tolerada para que os processos não fiquem estagnados. O magistrado supramencionado inclusive

[33] Para Justiça Estadual a meta é aumentar o índice de conciliação em 2% em relação ao ano anterior; e para a Justiça Federal é alcançar o mínimo de 6% de acordos nos processos distribuídos; enquanto para justiça do trabalho basta manter o índice de conciliação na fase de conhecimento, em relação ao percentual do biênio 2017/2018 (CNJ, 2020).

[34] "O objetivo do empresário Henry Ford era criar um método que reduzisse ao máximo os custos de produção da sua fábrica de automóveis, consequentemente barateando os veículos para a venda, atingindo um maior número de consumidores. Até o surgimento do sistema fordista, os automóveis eram feitos artesanalmente, um processo caro e que levava muito tempo para ficar pronto. No entanto, mesmo sendo mais baratos e fáceis de se produzir, os veículos do fordismo não tinham a mesma qualidade atribuída aos feitos artesanalmente". Disponível em: https://www.significados.com.br/fordismo/ Acesso em: 25 de mai. 2020.

[35] Fenômeno análogo à jurisdição de massa é a advocacia de massa, quando também os advogados são capturados pela lógica produtivista.

defende que a mesma é uma prática necessária. Os julgadores precisariam tratar com mais rapidez e superficialidade os casos menos importantes para que não tomem o tempo necessário à solução dos casos mais complexos e artesanais: "Temos de ser bons profissionais no trabalho em série, para que possamos ser bons juízes-artesãos" (BENETI, 1996, p. 28).

Outra preocupação do Código de Processo Civil em responder ao problema é o princípio da primazia pela decisão de mérito, consagrado no art. 4º, já analisado acima[36]. Com ele objetiva-se combater a prática da extinção prematura de processos sem análise dos pedidos (art. 485 do CPC) para cumprir metas de desempenho ou por mera rigidez formal. Nota-se que uma demanda cuja matéria não foi apreciada poderá ser reproposta em um novo processo, ou pior: engrossará as estatísticas da litigiosidade contida. Portanto, na linha da instrumentalidade das formas, o código optou por privilegiar o acesso efetivo à justiça, que só ocorre quando o processo caminha até a análise do mérito, superando "embaraços formais" para a real pacificação do conflito. (THEODORO JÚNIOR, 2018)

Para aumentar a eficiência do judiciário a nova lei processual fortaleceu outra técnica que, juntamente com a autocomposição, pode ser considerada uma das duas grandes inovações da legislação em termos de acesso à justiça. Fala-se do sistema de precedentes judiciais, conferidor de uma função criativa à jurisdição. No direito brasileiro contemporâneo, a jurisprudência ganhou força como fonte normativa, deixando de ser mera sugestão jurídica, o que nos aproximou do sistema de *common law*. A própria Constituição estabelece a força vinculante *erga omnes* do controle concentrado de constitucionalidade, bem como prevê, a partir da EC 45/2004, o instituto da súmula vinculante, capaz de positivar a jurisprudência com força cogente. A lei processual, por sua vez, autoriza o julgamento dos recursos com fundamento na jurisprudência dominante. Além do dever dos magistrados de provocar os legitimados para propositura de ações coletivas, foi fortalecido o sistema de resolução de demandas repetitivas (THEODORO JÚNIOR, 2018).

Outras tentativas de lutar contra a burocracia e a morosidade são debatidas cotidianamente. Há um eterno "cabo de guerra" entre um mais amplo ou mais restrito cabimento de recursos. O agravo de instrumento, por exemplo, era de aplicação mais aberta no diploma processual anterior, mas teve suas hipóteses taxadas no rol do art.

[36] Destacam-se também os artigos 317 e 488 no mesmo diploma processual, corroborando o mesmo princípio.

1.015 da lei atual, para em seguida a jurisprudência mitigar essa taxatividade com o intuito de evitar situações de flagrante injustiça. De certa forma, até no âmbito criminal, a acalorada polêmica quanto ao cumprimento provisório da pena após o trânsito em julgado da segunda instância, bem como a proposta fracassada do *plea bargain* (admitir a transação no processo penal), são discussões motivadas pela dificuldade de acesso à justiça, nesse caso traduzida no fenômeno da impunidade.

3.4. O paradoxo de Aquiles e da tartaruga

Sendo assim, é perceptível que há um jogo de forças tentando equilibrar a qualidade e a quantidade de processos. Tornar a tramitação mais célere sem sucatear a justeza das decisões, tendo em vista não só o escopo jurídico, mas também o social e o político já discutidos, tem sido um desafio. Mas é razoável dizer que qualquer proposta destinada a mitigar burocracia e simplificar os procedimentos, embora muito desejáveis, não irão resolver a essência do problema, que é estrutural.

Pode-se invocar aqui o antigo paradoxo no qual Aquiles, herói grego, aposta uma corrida perseguindo eternamente uma tartaruga sem nunca conseguir alcançá-la[37], pois, por mais rápido que ele seja, quando chega à posição inicial A da tartaruga, esta já se encontra um pouco mais à frente, em um ponto B. Quando chega a B, a mesma não está mais lá, pois avançou para uma nova posição C e assim sucessivamente, *ad infinitum*.

De maneira similar, compreende-se que a solução litigiosa nunca será capaz de satisfazer plenamente o acesso à justiça. Isso pois a melhoria da qualidade e eficiência dos serviços jurisdicionais fortalece a *cultura da sentença*[38] e, muitas vezes, faz aumentar o número de demandas antes reprimidas enquanto *litigiosidade contida*, que não eram levadas a juízo justamente em razão das dificuldades existentes à época[39] (SOUZA, 2015). Nesse sentido, como se verá a seguir, a conciliação e a mediação

[37] Trata-se de paradoxo proposto pelo filósofo grego Zenão (sec. V a.C.). Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Paradoxos_de_Zen%C3%A3o Acesso em: 25 de mai. 2020.

[38] Expressão de Kazuo Watanabe para se referir ao costume ou fetiche litigioso de se desejar uma sentença impositiva para resolver conflitos.

[39] "Isso se tornou claro com a implantação dos Juizados Especiais, tanto a nível estadual, quanto a nível federal, os quais, depois de um período de grande agilidade na resolução dos litígios, foram inundados com tal número de demandas que o período para solução aumentou sensivelmente" (SOUZA, 2015, p. 50).

despontam como técnicas capazes, em tese, de responder ao impasse, reformando a base da cultura jurídica, extrajudicialmente inclusive, quanto à solução de conflitos.

4. A AUTOCOMPOSIÇÃO COMO CERNE DE UM NOVO PARADIGMA

4.1. O modelo cooperativo

Considerando o já exposto, passa-se a entender o contexto de implementação do Novo Código de Processo Civil, vigente desde 2016. Por trás da preocupação do legislador em flexibilizar as normas processuais e resolver o mérito por acordos, encontra-se a necessidade de atender às demandas contemporâneas quanto à jurisdição. A mais evidente dessas demandas é de ordem prática: diz respeito ao grande volume de processos que chegam diariamente às portas do judiciário.

Não se deve, entretanto, adotar a percepção reducionista de que a conciliação e a mediação são meras respostas a um sistema em crise. Os institutos guardam, por certo, a sua própria fundamentação jurídica, social e política, não podendo ser confundidos com simples ferramentas acessórias para desafogar a jurisdição contenciosa. Critica-se que "a solução técnico-jurídica 'mata processos' e vende a falsa ideia de que soluciona conflitos" (BACELLAR, 2015, p. 81). Sendo assim, considerando que se reconhece uma deficiência do procedimento litigioso em si, independentemente da sobrecarga de demanda, surge a necessidade de se abrir a discussão sobre o paradigma processual adotado.

Tradicionalmente, a doutrina identifica dois tipos de processo nas civilizações ocidentais: o *inquisitivo* e o *dispositivo*. O primeiro, denominado também modelo inquisitorial, baseia-se no protagonismo do juiz e em sua capacidade de conduzir o processo por conta própria em busca da verdade. O segundo, chamado adversarial, de tendência mais liberal, confere uma posição passiva ao magistrado e onera as partes com o dever de formar o seu convencimento. Considerando que os tipos são abstrações, não observáveis em estado puro empiricamente, tem-se que a processualística moderna é uma combinação entre eles, em diferentes proporções, a depender do grau de intervenção estatal admitido (DIDIER JR). Pode-se dizer que a inclinação em um ou em outro sentido depende do escopo político perseguido.

Desse modo, assume-se que o direito acena para novos tempos quando a doutrina, com destaque para o professor Fredie Didier Jr, considera que o processo ingressa no modelo cooperativo, marcado pela ausência de protagonismo, mas por um equilíbrio entre os sujeitos processuais. Explica o autor que o princípio da cooperação deriva de um redimensionamento do contraditório, juntamente com os princípios da

boa-fé processual e do devido processo legal. O juiz deixa de ser um mero espectador do duelo das partes e passa a intervir no processo, mas sem assimetria na sua condução, característica do modelo inquisitorial, embora conserve a mesma no momento de proferir decisões e sentenças em contencioso, quando elas forem necessárias[40].

No atual Código de Processo Civil o princípio de cooperação encontra-se positivado em diversos dispositivos, em especial no art. 6º, segundo o qual "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. No mesmo sentido cooperativo, desdobram-se diferentes deveres para as partes e o juiz, como o art. 373, que versa sobre a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova, aspecto que pode ser objeto de convenção inclusive (*dever de auxílio*), bem como o art. 10 que consagra o princípio da vedação à prolação de decisão surpresa (*dever de consulta* aos interessados). Tem-se ainda, dentre outros, o art. 321, que impõe ao juiz a obrigação de indicar especificamente o que precisa ser emendado na petição inicial (*dever de prevenção*) e o art. 357, §3º, que prevê a designação de audiência para o saneamento cooperativo do processo, oportunizando que as partes esclareçam suas alegações (*dever de esclarecimen*to).

Deve-se dar um destaque especial à norma do art. 190, complementada pelo art. 191, do diploma em comento. Esta se refere a uma cláusula geral de negociação processual. Dispõe a mesma que:

> Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Por meio do instrumento supracitado facultou-se às partes negociar (ou conciliar) livremente não apenas quanto ao mérito da ação, mas em relação ao próprio direito processual, flexibilizando a burocracia em prol de um resultado mais célere e eficiente, a depender de cada caso. Para tanto é facultado aos próprios litigantes alterar o ônus probatório, combinar poderes e deveres não previstos em lei, assim como quaisquer outras mudanças no procedimento processual, devendo o juiz em regra aceitá-las, salvo se implicarem nulidade, abusividade ou manifesta vulnerabilidade em

[40] Explica-se que por assimetria não se pretende uma posição de superioridade do juiz em relação às partes, fora do diálogo processual. "Significa apenas que o órgão jurisdicional tem uma função que lhe é própria e que é conteúdo de um poder, que lhe é exclusivo" (DIDIER JR, 2011, p. 213).

desfavor de algum dos interessados. Estes acordos podem ser celebrados durante o processo ou até mesmo antes, como cláusula de um instrumento de contrato. Seguindo nessa linha, tem-se ainda no art. 191 a possibilidade de "calendarização dos atos processuais", capaz de vincular as partes e o próprio juiz, excepcionando de maneira sistemática os prazos da lei.

A despeito da ousadia dos dois institutos comentados acima, a prática forense parece pouco empolgada com a possibilidade de conciliar quanto ao direito processual. São raríssimos os casos os quais as partes sentam-se junto ao juiz e combinam calendários ou modificam procedimentos e deveres. As razões para tanto podem ser muitas, desde a insegurança jurídica de as modificações aceitas pelo juízo de primeiro grau incorrerem em nulidade, até a dificuldade prática de aplicar um processo civil dotado de prazos e regras diferenciadas para cada causa.

Mas tão importante quanto conduzir o processo de forma democrática é que, quando possível, o mérito seja resolvido também democraticamente. Assim, o dispositivo o qual é, provavelmente, a expressão mais concreta do modelo cooperativo adotado, é o art. 334, o qual prevê a realização de audiência de conciliação ou mediação como primeiro ato após a citação do réu, antes mesmo do oferecimento de resposta. Essa audiência, antes prevista apenas para alguns casos, para os quais se adotava o antigo *Procedimento Sumário*, passou a vigorar como regra geral no novo *Procedimento Comum*, sendo a mesma, em princípio, de designação obrigatória para o juiz, bem como de comparecimento compulsório para as partes, sob pena de multa por ato atentatório à dignidade da justiça (art. 334, §8º).

Deste modo, o processo civil mais contemporâneo assinala no sentido de uma mudança paradigmática na forma como pensamos o acesso à justiça. Isso não significa que autor, réu e juiz seguirão de mãos dadas em direção ao "arco-íris processual" (MACHADO, 2015). Se corre o risco de ser utópica a proposta de que o processo possa ter uma dimensão efetivamente conciliativa, capaz de produzir resultados mais justos e céleres[41], fatalista por outro lado é reduzir o princípio cooperativo a um conjunto de regras que complementam a boa-fé e o contraditório. Lembremos que a democracia real é também uma utopia.

De fato, não se pode contar sempre com a maturidade das partes para estabelecer um diálogo não-conflituoso e consciente do direito. Mas por isso no judiciário exige-se,

[41] MACHADO, 2015.

em regra, a capacidade postulatória de advogados. Enquanto operadores da ordem jurídica, e terceiros estranhos à relação material, também os patronos das partes podem ter a formação adequada para negociar, ajudando seus clientes a melhor compreender seus interesses e intermediando o diálogo com os demais sujeitos. Não é demais relembrar o art. 3º, §3º do código, que incluiu igualmente os advogados, defensores públicos e membros do ministério público na obrigação de zelar pela solução consensual dos conflitos. Isso também não significa que o patrono vá se tornar um psicólogo, como se a sugestão fosse o desempenho de uma atividade estranha ao seu ofício. Isso porque o que se cogita é que os chamados operadores tenham uma formação interdisciplinar adequada, complementando a própria noção que estes têm do seu trabalho. Destaca-se:

> Para manter a coerência com essa proposta, os advogados passam de defensores a assessores legais de seus clientes, oferecendo os parâmetros jurídico para aquilo que está sendo negociado – a lei como margem a não ser transposta e não como diretriz das soluções. Advogados também atuam com assessores técnicos no auxílio da escolha do mediador no âmbito privado; e como consultores, na identificação dos interesses e necessidades da outra parte, visando a propor soluções de benefício e satisfação mútuos (ALMEIDA, 2015, p. 92).

Quanto a esse ponto, é preciso livrar-se da sensação de que se o advogado não ajuíza uma ação é porque este não trabalhou e o dinheiro do cliente foi jogado fora. Tal qual quando vamos ao médico, sobretudo quando pagamos caro pela consulta, há a expectativa de que o profissional vá lhe prescrever um remédio (ou muitos). A ideia do médico que não medicaliza, mas age com foco preventivo, ainda nos é estranha. Da mesma forma parece acometer aos patronos, ou aos seus clientes, a ideia de que fazer um trabalho bem feito é litigar para extrair o maior proveito possível para a sua causa. Nesse contexto, a OAB/SP editou uma nota técnica reafirmando ser o exercício de métodos consensuais também parte da advocacia, e um caminho necessário para evitar uma explosão na quantidade de litígios em situações de crise[42].

[42] Destaca-se na nota: "Hoje, mais do que nunca, o advogado deve levar em consideração que seu papel vai muito além da sua tradicional função perante um juiz ou tribunal. Em especial diante da atual Pandemia do COVID-19, a sua função de interveniente e incentivador de meios adequados de solução de controvérsias [...] deve ser ainda mais prestigiada e incentivada, notadamente pelo que dispõe o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB e da Advocacia, que prevê que é dever do advogado estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios (art. 2º. Parágrafo único. VI) ".

Assim, por mais que o código tenha descentralizado a função conciliativa através da criação da figura autônoma do conciliador judicial, não pode o juiz e os demais sujeitos processuais despirem-se totalmente dessa atividade. E para que possa desempenhá-la com qualidade, necessário se faz que haja alguma horizontalidade entre a autoridade e os participantes. Nesse ponto, também a cultura institucional do Estado tem muito a amadurecer, de modo que a igualdade de tratamento entre os sujeitos processuais não pareça um sonho ingênuo. É um obstáculo ao acesso à justiça pelo cidadão comum ser o judiciário ainda um poder demasiadamente hierarquizado e repleto de tradicionalismos, muitos dos quais datam do Brasil monárquico. Não é necessário aprofundar a polêmica dos crucifixos e missas dentro dos tribunais, ou debater porque ainda hoje muitos magistrados recusam-se a atender advogados que não estejam vestindo terno e gravata, ou mesmo o necessário tratamento mútuo entre os operadores de direito pelos títulos solenes de "doutores" ou "vossas excelências". A despeito de suas razões, que não são destituídas de fundamento, o fato é que os símbolos e práticas por meio dos quais o judiciário constrói os seus costumes contribui para afastar o cidadão comum, que nada entende de latim, e não enxerga neste poder um espaço popular. Concorda Pinho (2011, p. 45) que no Brasil estamos longe de atingir um perfil pleno de magistrados que se alinhem à postura de comunicadores. Também destaca uma passagem de autoria de Calamandrei:

> Certos juízes, ligados à tradição, crêem que, para melhor conservarem a sua dignidade e a sua autoridade defronte dos advogados, seja indispensável assumirem na sua função uma impassível solenidade de ídolos: colocando entre si e os defensores um diafragma de incompreensão e de fatuidade; mas que, por sorte, são na Itália cada vez mais numerosos os magistrados que sentem a necessidade e têm a coragem de romper esta barreira de desconfiança e de tomar parte ativa no debate, sem terem medo de cortar ao meio a alegação do defensor para lhe propor quesitos e objeções e para o trazerem à discussão as questões essenciais da causa. Estes são os magistrados que verdadeiramente entendem as exigências modernas da sua função; os advogados deveriam estar particularmente gratos a estes juízes que ousam romper a regra monástica do seu silêncio para transformarem a audiência, de inútil solilóquio de um retórico em face de uma assembléia de sonolentos, num diálogo entre interlocutores vivos que procuram, através da discussão, compreender-se e convencer-se. Importa ainda aqui, para que as instituições judiciárias correspondam às exigências de uma sociedade de homens livres, que seja abolido o seu tradicional caráter secreto, e deixar que também no processo circule entre magistrados e advogados este sentido de confiança, de solidariedade e de humanidade que é em todos os campos o espírito animador da democracia.

Obviamente, todo esse cuidado, de ambos os lados, em compor a lide com maior proximidade, exige um trabalho mais artesanal, avesso à jurisdição e à advocacia de

massas. Aumenta-se o trabalho sobretudo fora do processo. Além disso, escutar (quase) sempre a outra parte, oportunizando resposta (art. 10); marcar audiência não só conciliativa e de instrução e julgamento, mas para saneamento da causa (art. 357, §3º); não extinguir a ação por inércia do autor senão quando provocado pelo réu (art. 485, §6º); todas essas práticas demandam algum tempo também dentro do processo. E por isso mesmo, ironicamente, não há garantia de maior celeridade. Como se discutirá ainda neste capítulo, uma conciliação infrutífera pode atrasar a solução mais do que seria uma abordagem litigiosa desde o princípio. Mas por essa razão se sustenta que o valor da autocomposição não se limita ao aspecto técnico de "matar processos" para um judiciário em crise. Se os escopos social e político da jurisdição significam alguma coisa, há um valor próprio em promover um judiciário democrático.

Assim, ao contrário de uma visão idílica, sustenta-se que código propôs uma verdadeira simbiose entre o aspecto contencioso e o voluntário do processo. Longe de dizer que o princípio cooperativo mitigou o contraditório, em verdade reascendeu este com novas forças (DIDIER JR, 2015). Reafirmou-se que o mesmo não é um mero requisito formal de validade dos provimentos, mas se substancia em um direito de participar efetivamente da construção da decisão judicial, seja diretamente por um acordo, ou indiretamente como um poder de interferir – por meio de argumentos, fatos novos e provas – na decisão do magistrado (DIDIER JR, 2015).

Nesse sentido, no capítulo 2, defendeu-se, por uma questão de coerência, a integração dos instrumentos autocompositivos ao cerne da atividade jurisdicional (ao menos quanto as competências não-criminais). Não parece haver mais, em tese, uma diferença fundamental na atividade do juiz quando este concilia ou decide. Isso porque enquanto dialoga com as partes, o faz conduzindo o processo ao amadurecimento da causa para decisão, e enquanto decide organiza a lide e resolve questões pendentes, abrindo caminho para um possível acordo.

O art. 357, §2º do CPC é extremamente significativo para o argumento ao passo que faculta às partes delimitarem consensualmente as questões de fato e de direito relevantes para o mérito da causa, podendo fixar os pontos controvertidos sob os quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos, bem como o ônus probatório (art. 373, §3º). O que é tal poder senão praticamente a possibilidade de direcionar a jurisdição, conciliando inclusive sobre os fundamentos que o juiz deverá considerar ao resolver o mérito? Afinal, se os jurisdicionados concordam sobre determinado ponto, sem conseguir a plena solução do conflito, faria sentido a decisão

atropelar o que já é consensual para se chegar à verdade do juiz? Ao usar dessa faculdade de sanear voluntariamente o processo, preparando-o para decisão, as partes podem conduzir o magistrado – com a sua anuência, mediante homologação – a julgar em um determinado sentido, que não seria o adotado por ele em caso contrário. Sem dúvida as partes não podem segurar a caneta na mão do juiz e ajudá-lo a redigir a sentença, mas como poderia esse provimento ser puramente litigioso se a vontade dos interessados atua sobre ele? A norma consagra simultaneamente o princípio cooperativo e o efetivo contraditório, à medida que materializa claramente o poder de influência das partes sobre o provimento jurisdicional. E da mesma forma que ocorre com o art. 190 já debatido, o código não se incomodou em expressar limites objetivos claros a esses poderes consensuais, levando a crer que estes, em princípio, são amplos.

É incoerente pensar que o processo deva ser conduzido ele todo de forma cooperativa e democrática, conciliando dos procedimentos e prazos a questões prejudiciais e de saneamento, com o objetivo único de se chegar ao final com um provimento impositivo e autocrático. Se o processo nascesse com a finalidade da jurisdição contenciosa, a conciliação endoprocessual seria uma quebra de expectativa dentro do mesmo. Este surgiria com um pedido de jurisdição, o qual seria abandonado no curso da ação por um acordo, não tendo o juiz exercido sua função típica ao fim, ainda que eventualmente possa ter sido ele próprio o conciliador. Entende-se que de forma alguma o processo toma uma ramificação incidental em direção a um resultado equivalente, apenas porque as partes convergiram dentro da lide.

O fato de prezar pela conciliação e pela mediação não faz do modelo cooperativo "menos jurisdicional" do que os modelos anteriores. Isso seria desqualificá-lo. Autocompor faz parte da regra, não da exceção. Basta relembrar o art. 3º, §2º do código que determinou a solução consensual *sempre que possível*. Vale ainda notar que o alcance da expressão "sempre que possível" precisa ser interpretado. O entendimento que confere maior efetividade à norma não se limita aos casos que forem possíveis, mas significa que a conciliação deve ser buscada a todo o tempo no processo, ainda que de forma parcial, e, por que não, na medida em que for razoável, até mesmo no momento decisório.

Tomando as palavras do professor Humberto Theodoro Júnior (2018, p. 1.079): "Ora, a função do juiz dentro do processo democrático cooperativo é de *prestar assistência às partes* [grifo nosso] para que seja possível obter, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º)". Tem-se, pois, o papel do juiz como um

facilitador: alguém que irá conduzir as partes por um caminho rumo a solução do conflito, de maneira democrática e participativa sempre que possível, ou mais autocraticamente, à medida que for necessário. Tal apreensão da figura do magistrado parece ser a que melhor realiza a sua essência enquanto *servidor público*.

4.2. O momento da autocomposição

Percebe-se certa predileção de parte da literatura sobre o tema em tratar do emprego dos métodos autocompositivos antes da judicialização do litígio. Faz-se questão, entretanto, neste trabalho, de chamar atenção para a importância da autocomposição endoprocessual. Isso para que a valorização da conciliação extrajudicial não crie a armadilha de alimentar a dicotomia entre um processo predominantemente contencioso e um momento anterior, no qual se tentou de tudo para resolver o conflito voluntariamente. É importante que se enxergue o lugar da justiça conciliativa dentro do processo, sob pena de aprofundar a verticalização da jurisdição tradicional.

Sem dúvidas o judiciário não desempenha a função conciliativa com exclusividade, sendo dispensável a sua participação na maioria dos casos. Considera-se até mesmo preferível que os conflitos possam ser resolvidos prévia e extrajudicialmente, sem onerar o Estado, desde que de forma pacífica e em conformidade com o direito. É, inclusive, o anunciado pelo atributo da secundariedade da jurisdição – e o que se espera de uma sociedade organizada por vínculos de solidariedade. Nesse sentido:

> Não custa enfatizar que o melhor modelo, a nosso ver, é aquele que admoesta as partes a procurar a solução consensual, com todas as suas forças, antes de ingressar com a demanda judicial. Não parece ser ideal a solução que preconiza apenas um sistema de mediação incidental muito bem aparelhado, eis que já terá havido a movimentação da máquina judiciária, quando, em muitos dos casos, isso poderia ter sido evitado (PINHO, 2010, p. 83).

Portanto, não só o aspecto contencioso da ação judicial busca ser evitado em um primeiro momento, mas se possível a própria judicialização do conflito. Chega-se a sustentar a obrigatoriedade de que haja algum tipo de tentativa de resolução antes de procurar a tutela de judiciário. A premissa, contudo, segue além da ocorrência de gastos públicos desnecessários. Presume-se que a intervenção estatal na esfera privada é uma

artificialidade que atrofia a autonomia dos envolvidos, adotando uma abordagem reativa que impõe a solução dos problemas sem trabalhar suas causas. Deste modo, destaca-se:

> Fica cada vez mais evidente que a solução contenciosa deve ser evitada ao máximo: o processo judicial tradicional está para a realização de direitos como a cirurgia está para a conservação da saúde — trata-se de caminho caro, arriscado e ao qual somente se recorre quando falhou a prevenção e o diagnóstico do problema chegou muito tarde, não havendo mais condições de trabalhar nas causas. Aprender a exercer direitos de forma pacífica seria, assim, um pouco como aprender a cuidar da própria saúde: algo que se aprende um pouco mais a cada problema, e exige monitoramento constante, mas consiste em condição fundamental para o desenvolvimento pessoal, ao qual todos os seres humanos estão destinados — afinal, sem saúde e paz, é impossível alcançar a felicidade (SOUZA, 2015, p. 13).

Não se discorda de que o processo deva ser evitado quando possível, cabendo à jurisdição operar como a *ultima ratio* da pacificação social. Cumpre salientar apenas que entre uma conciliação extrajudicial e a solução contenciosa tradicional, o paradigma cooperativo é ainda um meio termo preferível a esta última, por ser menos interventivo. Aproveitando a comparação citada acima, não é porque a prevenção da saúde deve ser buscada na vida comum, fora dos hospitais, que os médicos não precisem se ocupar com o mesmo empenho em orientar e medicar com foco preventivo.

Assim, é necessário superar a ideia de que se as partes estão em condições de conciliar não há porque buscar o judiciário. Este pode ter os meios e as circunstâncias favoráveis para obter um consenso que não havia sido possível anteriormente. Sem dúvida conciliar sob a espada do Estado, com auxílio de advogados, diante do risco de uma derrota maior no contencioso, é um contexto diferente de negociação. As tratativas após o ajuizamento da ação não precisam ser vistas como retrabalho. Se não for possível uma resposta voluntária a lide, ao menos o diálogo pode ser conduzido de modo mais cooperativo, com ajustes parciais, fomentando o sentimento de que as partes foram acolhidas na disputa – e reduzindo o sentimento de que a decisão foi injusta.

Não se deve, pois, subestimar o aspecto participativo da relação processual. Segundo a jurista norte-americana Deborah Rhode (apud AZEVEDO, 2015), quando há algum grau de participação do jurisdicionado na condução dos procedimentos aplicados ao seu caso, aumenta-se significativamente a percepção deste de que o processo foi justo. Ao mesmo tempo, a maioria dos estudos, segundo a professora, aponta que a satisfação dos usuários com o sistema judiciário depende fortemente dessa sensação de que os procedimentos foram justos.

4.3. O fundamento político-constitucional da cooperação

Para que não se pense que a justiça conciliativa e o modelo cooperativo como um todo foram colocados em evidência apenas por uma reforma do CPC, é importante entender o contexto mais amplo em que as mudanças estão ocorrendo. A fase atual do pensamento jurídico constituiu-se a partir da segunda metade do século XX, tendo como marco no Brasil a promulgação da Constituição 1988, através do modelo que se convencionou chamar de *neoconstitucionalismo*. Apesar de haver muito dissenso a respeito das características determinantes desse momento, bem como críticas à terminologia[43], basicamente, por ele, entende-se que a Carta Magna é dotada de força normativa imediata, capaz de subjugar a aplicação de todo o ordenamento jurídico aos seus ditames, bem como impor deveres e direitos, muitas das vezes, sem necessidade de intermediação legislativa (DIDIER JR, 2015).

O resultado dessa forma de encarar o direito contemporâneo é que a Constituição, antes vista quase como uma carta de intenções, de eficácia praticamente retórica, passou a irradiar o seu conteúdo valorativo pelo direito como um todo, tornando a interpretação jurídica uma tarefa mais profunda e sujeita a apropriações ideológicas. Nesse contexto, interpretar o direito torna-se uma atividade multidisciplinar e crítica, pois implica inquirir a respeito do propósito do constituinte e dos ideais magnos da sociedade, sendo inevitável algum nível de politização.

Por esse efeito de animar o direito com uma carga axiológica denominou-se essa fase também de *pós-positivismo*, tendo rompido com a adoção do texto duro da lei e estabelecido um conteúdo ético mínimo a ser observado. Portanto, uma das marcas desse modelo é o fortalecimento dos princípios constitucionais, que apesar de serem normas gerais e abstratas, ganharam força cogente autônoma, expandindo e consagrando também os direitos fundamentais, agora sob a guarida direta do poder judiciário (DIDIER JR, 2015).

No que diz respeito à vertente desse fenômeno direcionada especificamente ao DIREITO PROCESSUAL CIVIL, chamou-se de *neoprocessualismo* ou ainda de *formalismo-valorativo*[44] tal infusão de valores essenciais na teoria do processo. O

[43] Segundo Didier Jr (2015) o termo peca por ser demasiadamente vago e por isso mesmo há autores que defendem existir vários "neoconstitucionalismos".
[44] Termo capitaneado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

próprio CPC preocupou-se em deixar claro logo em seu art. 1º que a Constituição é o referencial para leitura do código. O neoconstitucionalismo substancializou a processualística com o direito material constitucional, tirando-o do burocratismo. Nesse sentido, destaca-se, dentre os preceitos éticos aplicáveis, o princípio da cooperação, elevado a eixo norteador desse ramo jurídico. O mesmo se revela então não somente através da depuração de um conjunto de regras somadas ao longo do código, mas em uma ideia geral a ser observada a todo momento, como parte do espírito do processo.

O ato de pulverizar a constituição ao longo da lei processual enriqueceu o vocabulário jurídico com uma gama de expressões que fazem questão de evidenciar a carga constitucional embutida nos institutos tradicionais, adjetivando-os. Fala-se, por exemplo, em *processo democrático cooperativo* (THEODORO JÚNIOR, 2018). O termo põe em destaque igualmente o princípio do Estado Democrático de Direito, positivado no art. 1º da CRFB, infiltrando na ciência processualística valores como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social. A mera análise semântica da palavra democracia nos remete a ideia de que o poder emana do povo e a um regime político (e jurídico) participativo, com capacidade real de influência sobre as tomadas de decisões.

Outra norma maior que desce para o neoprocessualismo e se concretiza no princípio cooperativo é a igualdade material. A posição do juiz em diálogo com as partes, aplicando um direito sujeito a ponderações valorativas, ajuda a promover uma noção de justiça social efetiva. Permite-se assim que o julgador seja sensível à vulnerabilidade ou hipossuficiência de um dos litigantes, dando-lhe tratamento mais benéfico e privilegiando uma solução moralmente justa, ainda que por vezes menos técnica.

Entretanto, nem tudo são vantagens no recente modelo. A nova feição da atividade de jurisdição fortaleceu inegavelmente os poderes do judiciário. Isso tem seu aspecto positivo e negativo. Os críticos do neoconstitucionalismo costumam se preocupar com o aumento abusivo da discricionariedade judicial, capaz de alçar o magistrado quase à posição de legislador. Explica-se que o movimento propicia ao órgão jurisdicional a própria criação de seu objeto de conhecimento, recaindo em um solipsismo filosófico que confunde a verdade com a própria concepção subjetiva do julgador. Como o juízo das finalidades constitucionais não tem como ser feito de forma rasa, sem a opinião política de quem aprecia, a razão da autoridade judiciária torna-se protagonista frente a lei (STRECK, 2014). Em outras palavras, questiona-se a

hipertrofia do magistrado, que não é eleito democraticamente, para submeter a lei ao seu próprio senso de justiça, ainda que orientado pela Constituição.

Nesse mote, há quem teça, por extensão, duras críticas ao princípio cooperativo. Defensores de um posicionamento mais liberal, e portanto do modelo dispositivo-adversarial anteriormente debatido, consideram uma inconstitucionalidade a pretensão do art. 6º do CPC, segundo o qual é dever das partes cooperar pela justiça. Argumenta-se que o dever de cooperação seria uma forma abusiva de violar o direito de defesa, obrigando as partes a colaborarem com seus antagonistas, em detrimento de seus próprios interesses processuais. O dispositivo estaria propondo um sistema no qual juízes interferem no contraditório, formulando suas decisões como bem entendem e colorindo-as com suas ideologias ou moralismos, sem se despir de seus preconceitos e crenças. O magistrado caminharia no fio da navalha, aventurando-se no terreno dos enviesamentos. Assim, ironicamente, o paradigma da colaboração democrática é chamado de autoritário. (DELFINO, 2016).

Delfino (2016) ainda condena a pretensão do processo democrático comparando-o ao projeto político de Jean-Jacques Rousseau[45]. A referência é pertinente. Paradoxalmente, enquanto para uns o filósofo é autor de uma proposta de democracia radical, para outros, é o pai do totalitarismo moderno, vez que sua filosofia romântica influenciou os regimes comunistas. Não por acaso, Delfino ressalta que a cooperação é um pilar do socialismo, enquanto os países capitalistas baseiam-se na competição. A colaboração teria servido à doutrina processual comunista para criar juízes Hobin-Hood's, de vertente assistencialista, menos preocupados com a solução do litigio e mais com a realização de uma Justiça material, que naquele contexto era uma palavra com evidente viés marxista.

Comparativamente, o estudo anteriormente citado de Castelar Pinheiro constatou que para 73,1% dos magistrados brasileiros questionados, "a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos", de modo que "a politização das decisões judiciais frequentemente resulta da tentativa dos magistrados de proteger a parte mais fraca na disputa que lhe é apresentada" (PINHEIRO, 2002, p. 41). Um aspecto negativo

[45] O filósofo francês, um dos pais do contrato social, está entre os teóricos iluministas que mais influenciaram o princípio republicano. Seu pensamento propôs a formação de um corpo político constituído pela totalidade de seus cidadãos, por meio de participação direta. Seu ideal de democracia correspondia ao autogoverno da comunidade, sem instâncias de representação, mediante um forte vínculo de virtude cívica. Não haveria sequer motivos para haver direitos oponíveis frente ao Estado, pois este seria um mero reflexo da sociedade. Assim, seu pensamento pode ser considerado antiliberal.

destacado pelo autor diz respeito a insegurança jurídica dos pactos, resultando em um aumento dos custos dos serviços, haja vista a transferência do risco em contratos assimétricos para a parte mais fraca, na forma de juros (Apud SOUZA, 2015).

Contudo, tem-se a impressão que os críticos confundem parcialmente o modelo cooperativo com o inquisitivo. A sugestão é a intervenção judicial, porém de maneira horizontal. Não se pretende uma concepção filosófica subjetivista da verdade focada na razão do juiz ou em um empirismo materialista. Em fato, como se aprofundará na sessão seguinte, propõe-se o reconhecimento de uma verdade enquanto construção intersubjetiva das próprias partes, afinal, estas são as titulares dos direitos em controvérsia. Nenhuma outra poderia emergir com maior legitimidade democrática.

Acerca dos perfis de magistrados e como cada um se adequa a um modelo de processo (e indiretamente a um modelo de Estado), François Ost descreve três tipos ideais[46] de juízes, classificados como Júpiter, Hércules e Hermes. O primeiro destes, refere-se ao deus dos deuses, da lei e da ordem. Trata-se do juiz burocrata, aplicador da lei neutra, em observância à pirâmide de Kelsen. Este adota uma posição passiva diante do conflito, fiscalizando-o, sem buscar a verdade. "Frente a esta conformação, além de ser a jurisdição a única forma de solução das lides, não se cogita neste sistema em deveres de lealdade, de cooperação na busca da verdade" (PINHO, 2011, p. 26). Corresponde ao paradigma adversarial, no qual predomina o interesse privado das partes. Não por acaso, é a processualística correspondente ao liberalismo.

O segundo juiz é o homem que assume a tarefa hercúlea de carregar a justiça em seus ombros. Ele próprio assume esse ônus e descobre a verdade. Trata-se do julgador do modelo inquisitorial, paternalista, típico dos Estados sociais ou assistenciais, que deixa de ser um espectador e assume o papel de prestador de serviços. Trata-se de um direito de base jurisprudencial, que traz a prevalência dos casos concretos sobre a lei abstrata. Assim, guarda fundamento também com o realismo americano e o pensamento de Ronald Dworkin, quem concebeu um juiz "engenheiro social" (OST).

Ambos os modelos são criticados. Destaca-se:

> Além disso, se o modelo liberal peca pela ineficiência e distanciamento da realidade; o modelo social vincula demasiadamente a elaboração do direito à figura de um juiz solipsista, impossibilitando a presença da segurança

[46] O conceito de tipo ideal foi formulado por Max Weber designando uma abstração das principais características do objeto, realçando o seu caráter em determinado sentido. É uma construção teórica e metodológica feita para atender ao propósito de um argumento específico. Não se pretende que seja universal e encontrada em estado puro na realidade.

> jurídica, fazendo com que o direito perca sua principal função que é a de estabilização social na medida em que cristaliza as expectativas de comportamento. Se o excesso de positivismo, como já se disse, leva ao autoritarismo, o excesso de realismo gera a arbitrariedade (PINHO, 2011).

Por fim, tem-se o magistrado Hermes, o deus mensageiro, responsável pela comunicação, em um meio termo entre o Olimpo e o homem. Este é o juiz do processo cooperativo democrático. É aquele que se coloca em posição horizontal em relação às partes, sem abrir mão de sua equidistância. Trata-se de um equilíbrio entre a transcendência e o pragmatismo no direito. O sentido da justiça não é puramente deduzido da lei, tampouco induzido a partir de situações concretas. É antes um sentido dinâmico, resultado de "um processo coletivo, ininterrupto e multidirecional de circulação do logos jurídico" (OST, p. 115, tradução nossa). Assim, não se deve confundi-lo com Júpiter. Embora por razões distintas do Estado Liberal, o Estado Social acaba sendo igualmente incompatível com um método dialógico de compreensão e cooperação entre os sujeitos (PINHO, 2011). Por tal motivo, rejeita-se a crítica de que uma democracia processual seria uma forma velada de impor autocraticamente a supressão do interesse particular em prol de uma moral coletiva.

É evidente que o motor da ação é o autointeresse das partes. Não se pretende que o sujeito processual seja o "bom-litigante", em ironia ao indivíduo rousseaniano, capaz de colocar o bem comum antes do seu próprio. Contudo, a cooperação não implica necessariamente renúncia aos seus direitos. O que se busca é uma solução autoconstruída que possa representar benefícios recíprocos.

Sem dúvida o contexto histórico-político brasileiro encontra-se distante o suficiente do destino soviético para não nos sentirmos ameaçados pelo fantasma do comunismo. A cooperação em um país marcado por uma sociedade civil ativa e organizada guarda potencial mais favorável a uma democracia como a observada por Tocqueville na América do Norte do que aos regimes totalitários. O historiador francês observou que tanto nos Estados despóticos quanto nas democracias parecia haver uma disposição para uma maior arbitrariedade dos magistrados, mas nestas talvez ainda mais do que naqueles, justamente porque em regimes democráticos o povo tem menos a temer. O maior temor do povo é justamente que os magistrados sejam postos na dependência absoluta do príncipe, servindo para oprimir sua liberdade (TOCQUEVILLE, 2005).

Afinal, foi a opção do próprio constituinte comprometer-se com o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CRFB). Em consonância, a sociologia de um modo geral[47] vem apontando que a vida comum não pode ser compreendida como uma mera *sociedade*, na acepção contratual do termo: uma união de sócios por vínculos de interesse para a consecução de um mesmo fim. Sem negar a importância do desejo individual, já foi bem observado que a *comunidade* é sobretudo um fenômeno moral. Sem essa importante dimensão solidária, o *homo economicus* do capitalismo faria a coletividade degenerar a um estado de *anomia*[48].

Ademais, a maioria das críticas arguidas ao processo cooperativo parecem derivar de um zelo liberal excessivo e conservador. Reclama-se, por exemplo, da possibilidade de o juiz intimar uma das partes a complementar sua narrativa com fatos importantes ao deslinde da causa. Cumpre questionar se é legítimo os litigantes ocultarem parte dos acontecimentos, induzindo o juiz a erro. O dever de boa-fé processual, já consagrado, impõe a obrigação de expor os fatos conforme a verdade (art. 77, I), o que, numa perspectiva liberal, resume-se a uma ética negativa: não mentir, não interferir na esfera do outro. Isso, contudo, talvez seja insuficiente. Ninguém espera que a versão da parte seja neutra ou valorize aspectos desvantajosos para si. Mas uma vez provocada sobre um ponto específico, será legítimo a ela invocar o direito de omitir a verdade porque seu interesse é vencer, ainda que injustamente? Estando essa mesma parte em posse de provas documentais fundamentais, indisponíveis ao outro litigante, não é razoável que seja intimada a apresentá-las? Pode o executado deliberadamente ocultar um veículo penhorável ou recusar-se a fornecer o endereço de um corréu só porque não tem interesse no prosseguimento da ação? Decerto ninguém é fisicamente obrigado a colaborar (e o art. 379 o garante), mas deve assumir o ônus processual de sua recusa injustificada, o que pode implicar uma inversão da presunção probatória ou uma

[47] Notavelmente toda a vertente sociológica tributária do pensamento organicista de Émile Durkheim e Marcel Mauss.

[48] Para Durkheim, anomia é um fenômeno patológico caracterizado pelo enfraquecimento moral de uma sociedade, o que prejudica sua coesão. É marcado nas sociedades modernas pela perda das formas tradicionais de convivência sem a reposição de novos vínculos de pertencimento, resultando em relações anárquicas e conflituosas. A esse respeito: "Que tal anarquia seja um fenômeno mórbido, é mais que evidente, pois ela vai contra o próprio objetivo de toda sociedade, que é suprimir ou, pelo menos, moderar a guerra entre os homens, subordinando a lei física do mais forte a uma mais alta. Em vão, para justificar esse estado de não-regulamentação, salienta-se que ele favorece o desenvolvimento da liberdade individual. Nada mais falso do que esse antagonismo que se quis estabelecer, com excessiva frequência, entre a autoridade da regra e a liberdade do indivíduo. Muito ao contrário, a liberdade (entendemos a liberdade justa, aquela que a sociedade tem o dever de fazer respeitar) é, ela própria, produto de uma regulamentação" (DURKHEIM, 1999, p. 7-8).

aplicação de multa. Menos razoável é pretender que o outro tenha que assumir o ônus dos seus atos. Não podemos agir como se a parte tivesse direito subjetivo a se locupletar de uma decisão favorável injusta e fosse um abuso exigir da mesma descer de sua posição de vantagem. A ampla defesa não deve se sentir lesada pela impossibilidade de usar argumentos ilegítimos[49].

Assim, o dever de expor a verdade deve significar a partir de agora mais do que uma obrigação liberal negativa. A intersubjetividade ousa um passo além. Não basta a abstenção, a tolerância. É preciso o respeito positivo pelo direito do outro, o que implica em alguma medida curvar sua esfera de liberdade a do próximo. Não há direito a um oposicionismo deliberado, a resistir ao direito do outro porque este não lhe convém. Os contratualistas aqui já citados nos ensinariam sobre o *pacta sunt servanda*. É uma ideia basilar que quem se encontra obrigado perante o outro, deve cumprir a sua prestação. Assim, a boa-fé qualificada pela cooperação representa uma elevação do grau de eticidade do processo, sem implicar uma posição inquisitiva do juiz, à medida que este também admite sujeições às partes.

Critica-se ainda a possibilidade de o juiz produzir provas de ofício ou de suprimir etapas procedimentais que, por alguma razão, atravanquem a decisão de mérito (DELFINO, 2016). Quanto à primeira objeção, entende-se que em respeito ao espírito cooperativo e ao contraditório o juiz só deve determinar a instrução probatória por conta própria quando for indispensável ao julgamento do mérito relativo a direitos indisponíveis[50]. Quanto à segunda, trata-se do princípio da instrumentalidade das formas. Ninguém pretende que o mesmo tenha o poder de sobrepujar o contraditório, mas apenas de relativizar barreiras formais para que o processo cumpra seu objetivo.

O modelo adversarial, defendido por trais críticos, "reflete, em certa medida, a própria ideia liberal de Adam Smith aplicável ao campo econômico da "mão invisível" que regula o mercado, de forma a indicar que o mercado econômico é capaz de se regular, da mesma forma que o conflito entre as partes seria – na perspectiva adversarial – capaz de se "auto-resolver", sem a necessária intervenção do juiz (PINHO; ALVES, 2015, p. 56).

---

[49] Note-se que o argumento tem por abrangência a esfera cível, composta por particulares igualmente detentores de direitos e com deveres recíprocos de respeito. Não se cogita que as mesmas práticas valessem em tal grau para o âmbito penal, no qual o processo é uma persecução do Estado sobre o indivíduo.

[50] Posição sustentada por Lênio Streck (2016). Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-set-15/senso-incomum-limites-juiz-producao-prova-oficio-artigo-370-cpc

Sendo assim, só resta considerar que apesar de as preocupações liberais terem o seu lugar e merecerem atenção, seu valor reside essencialmente em regras de segurança para regular o poder, equilibrando o jogo jurídico, mas que não se confundem com um fim em si mesmo. A ortodoxia em reputar inconstitucional o paradigma colaborativo, como se a cooperação fosse uma imposição autoritária e um dever absoluto, capaz de desbaratar qualquer direito em confronto, parece se sustentar em uma argumentação de *reducto ad absurdum*.

Desse modo, tem-se um breve panorama geral de como o princípio cooperativo se insere no debate constitucional, com suas potencialidades e seus riscos. Percebe-se que o fato de a norma se encontrar no texto legal, e com respaldo na carta maior, não é o suficiente para garantir seu grau de aplicabilidade. A hermenêutica constitucional, tarefa ideológica que é, tem o poder de mobilizar um direito em sentidos diversos, tornando-o um instrumento fundamental ou descaracterizando-o totalmente, a depender da visão de mundo que a alimenta. Por esse motivo, pretende-se demonstrar por vários meios a pertinência do modelo.

5. CONCILIAÇÃO E DESENVOLVIMENTO

5.1. A relação entre o Estado e a Verdade política

Considerando que a sessão anterior enveredou pelo processo de produção da verdade e suas implicações políticas, convém fazer uma rápida digressão sobre o assunto, demonstrando o contexto ainda mais amplo de discussão.

Toma-se por base filosófica contemporânea o pensamento de Michel Foucault (1999), em particular o conteúdo das conferências que resultaram na obra *A verdade e as formas jurídicas*. Neste trabalho o autor dialoga com Nietzsche para sugerir a indissociabilidade entre as relações de poder e as formas de saber existentes, e discutir em especial o lugar do direito dentro desta dinâmica. Ao fazê-lo, rompe-se com uma longa tradição do pensamento ocidental.

Segundo Nietzsche, Platão foi o pai de uma grande mentira. O filósofo grego cindiu a realidade em duas dimensões: o mundo das essências, onde as coisas existem em seu estado verdadeiro, perfeito e imutável, e o mundo sensível, a realidade caótica, concreta e sujeita a transformações. Essa teria sido a gênese de um caminho que levaria, na modernidade, ao surgimento de um procedimento investigativo em busca da verdade real.

Por mais estranho que pareça, não foi sempre assim. Procedimentos mágicos, provas de força ou de status social, formas absolutamente incapazes de demonstrar os fatos, eram meios empregados para declarar quem estava certo. Nesse sentido, demonstra-se o quanto a invenção da ciência moderna não é uma obviedade, mas uma contingência histórica.

Assim, Nietzsche declarou expressamente que o conhecimento é uma *invenção*. Não que seja arbitrário. Mas tampouco é uma *descoberta*, como se a verdade já estivesse lá, esperando uma mente perspicaz para *descobri-la*. O saber é antes uma forma de construção de um discurso, que em cada época vincula-se ao interesse das instituições do seu tempo, para atender aos seus propósitos. É algo que vem do homem e é elaborado sobre o real, não desce do céu para a consciência humana. De certa forma, toda a ambição do pensamento ocidental pela obtenção da verdade é um plano de domesticar o mundo, de legitimar a autoridade e consolidar um projeto político.

Seguindo esse raciocínio, Foucault (1999) afirma que o judiciário é dotado de um poder epistemológico. Por meio da jurisdição o Estado reafirma a verdade cósmica

da lei, concretizando-a. Este exerce o monopólio da verdade. Reestabelece-se a fé de que o mundo é governado por uma ordem, e que esta é legítima. Tal qual as pequenas instituições, como as escolas, as fábricas, as prisões, o judiciário reproduz em larga escala um sistema de recompensas e punições que organiza a sociedade no sentido de um determinado dever ser. Assim, o direito exerce o papel da linguagem falada pelo Estado. E quanto a isso a filosofia e a psicanálise já nos demonstraram que a linguagem é o meio de programação da consciência.

Não se trata aqui de refutar o conhecimento, mas de redimensioná-lo. Entende-se que o juiz inventa a decisão justa. Sabe-se que o faz com base legal, mas as balizas nunca são tão estreitas a ponto de excluir sua criatividade. E ainda que o fosse, a aplicação burocrática da lei não é menos ideológica em si, só mais engessada. Continua a fazer parte de um projeto de mundo. E todo operador do direito sabe que um mesmo conflito jurídico pode em tese sustentar soluções muito díspares. Quando uma sentença é reformada pela ocorrência de *error in judicando*, tem-se a pretensão de ter havido um erro na compreensão da verdade, mas muitas vezes o que se tem realmente é uma avaliação diversa por um magistrado localizado numa instância superior de poder.

Assim, o processo judicial se serviu da epistemologia da ciência moderna, bebendo na fonte de uma tradição de pensamento que remonta a Platão e ao método socrático. Entende-se genericamente o conhecimento nasce por uma *tese*, uma pretensão de verdade. Para que esta seja posta à prova, é confrontada com uma *antítese*, uma tentativa de refutação. Do choque entre as versões é possível realizar uma *síntese*, que é um resultado mais próximo da verdade que a proposição original.

Da mesma forma age o juiz, que por meio da dialética processual toma em suas mãos duas metades dessa realidade caótica e conflituosa e as torna uma versão só, por meio da palavra do Estado. Questiona-se, contudo, que o conhecimento – e a jurisdição é também uma forma de conhecer – não é uma purificação do conflito que elimina sua violência pelo estabelecimento da razão, não é a pacificação pela verdade. Ele é a assimilação, a dominação, a domesticação do poder. É um ato de profanação do conflito. E por isso o judiciário se reveste de solenidades. Porque a atividade monológica do juiz é como um sacerdócio. Depende de um certo ritualismo, uma certa santidade para encantar seu público. Mas quem entende das sutilezas do ofício sabe que não há de fato magia ou ciência por detrás das decisões. A verdade se estabelece pelo resultado de um jogo. Um jogo de forças, de luta entre diferentes instintos, para que uma versão prevaleça (FOUCAULT, 1999). Os operadores do direito no fundo o sabem.

Mesmo os juízes têm noção de que suas palavras não são a verdade real, mas tentam transparecê-la aos jurisdicionados, como se a conhecessem.

A busca da unidade do saber coincide em algum grau com a unificação do poder. Já estava dito em Hobbes (2003) que o Leviatã funda o direito e a espada é a palavra final de todos os pactos. Em sentido semelhante, conceituou o sociólogo Max Weber (2013) ser o Estado um grupo político que reivindica para si, com êxito, o monopólio legítimo do uso da força. Ambos entendem, cada um ao seu modo, que por detrás do poder público há uma vontade, política em essência, a qual se estabelece enquanto fonte oficial, tanto pela força como pela palavra.

Para Weber, a principal característica da modernidade era a racionalidade instrumental, nascida em certos campos de aplicação, como na disciplina militar ou no ascetismo protestante, para daí contaminar a economia capitalista e toda a sociedade. Pensavam os iluministas que a razão emanciparia a humanidade ao desconstruir os mitos e tradições. O que se observou, contudo, foi que ela criou seus próprios dogmas, de caráter técnico-científico, para fundamentar modos de ser e deveres de obediência, como em uma "gaiola de ferro", constrangendo as subjetividades a se amoldarem a uma ética burocrática. Assim, a dominação racional-legal substituiu os grilhões do passado, imposto pelas religiões, monarcas e direitos de berço, para criar outros de novos tipos, mais silenciosos e mais adequados às crenças da modernidade. Portanto, foi coincidindo com uma demanda da economia capitalista que se inventou a razão imparcial e uniformizadora do Estado, capaz de unificar as leis e a administração da polícia, criando a configuração institucional adequada para o desenvolvimento do comércio em larga escala.

A doutrina legalista da Revolução Francesa, embora se direcionasse à crítica da monarquia absolutista, desempenhava tal papel ao passo que instituía um novo modelo de poder, mais adequado a classe dominante em ascensão, constituída pelos diferentes segmentos da burguesia. Deste modo, o processo servia como instrumento de manutenção do *status quo* da sociedade burguesa, uma vez que a igualdade formal de um ordenamento jurídico rígido e burocrático era cega para a diferença de poder econômico entre detentores do capital e trabalhadores. Era coerente com o iluminismo, afinal se a lei encarnava o mito de ser total, justa e infalível, como poderia o processo, que é seu instrumento, presumir diferente? (CHAPARRO, 2014).

Tudo isso talvez não fosse uma questão se o século XX não tivesse trazido uma crise ao paradigma cientificista e civilizacional. A crise de 1929, as duas guerras

mundiais, o nazi-fascismo e a bomba nuclear foram duros golpes naqueles que ainda enxergavam no Estado moderno uma evolução da dialética histórica[51]. Mesmo antes, pelas mãos de Marx, Nietzsche e Freud, dentre outros, o sistema racionalista já começava a ruir. "O processo do Estado liberal, assim como o direito positivo fundado no positivismo exacerbado, fechado, inflexível, foi duramente criticado nos últimos anos porque não espelhava e não intencionava a concretização dos valores da justiça" (CHAPARRO, 2014). "O modelo do Estado Liberal é, pois, subordinado a uma racionalidade instrumental, segundo a qual o próprio direito serve aos fins daquele que institui a lei" (PINHO; DURÇO, 2011, p. 26). Ficou claro, sobretudo ante o nazismo, um regime formalmente constitucional, que a racionalidade jurídica não era o suficiente para definir o justo. Demonstra ainda a fragilidade de nossa razão objetiva os diferentes pesos que as versões oficiais das tragédias ganham na história. De responsabilidade de um dos berços da democracia moderna, os mais de 200 mil mortos de Hiroshima e Nagasaki (o equivalente a cerca de 70 atentados ao World Trade Center) nunca ocuparam em nossas consciências o lugar dos crimes contra a humanidade.

Sendo assim, dentre as transformações históricas que viriam inspirar a insuficiência do modelo moderno estavam os fenômenos da globalização e do multiculturalismo, vindos para nos trazer o incômodo da perspectiva do outro. O gigantesco avanço nas tecnologias de transporte e informação, acirradas pelo fim da polarização entre superpotências, contribuíram para uma cosmopolitização mundial, nem sempre pacífica e bem vista. A esse respeito a mediadora Tania Almeida (2006, p. 9-16) salienta:

> O lugar de destaque dos diálogos somente pôde advir depois que o homem precisou abandonar a ideia de certeza e necessitou tornar tênues as fronteiras entre as culturas. Ele não pôde mais deixar de olhar o mundo global e sistemicamente e, portanto, não pôde mais abrir mão de soluções e ações cooperativas, sob pena de ameaçar a própria sobrevivência.

Seja na Grécia Antiga, seja no Renascimento, com a expansão pelos novos continentes, ou na revolução técnico-científico-informacional do século XX, esses momentos de choque antropológico catalisados pelo repentino contato com a diversidade do potencial humano, sempre foram momentos de revolução cultural, marcada pela crise intelectual das formas correntes de pensar. Diante da dialética do outro, a realidade revela sua verdadeira face, ambígua e complexa, insuscetível de ser

[51] Ideia presente na filosofia de Hegel.

enquadrada em um modelo teórico que presume cada coisa em um lugar pré-definido. Em consonância:

> A sociedade mundial se transformou pela guerra e pelas revoluções industrial e tecnológica, alterando comportamentos sociais em relação ao consumo, ao trabalho, ao casamento, aos filhos, aos negócios, enfim, um novo modelo social, econômico e jurídico surgiu de forma multicultural, diversificado, individualista, porém em massa, exigindo do jurista um novo modo de pensar os problemas jurídicos decorrentes desta transformação, malgrado em relação ao ordenamento jurídico positivista, estabelecido através de normas gerais e abstratas, calcadas na igualdade formal, em uma comunidade extremamente diversificada culturalmente. Como aplicar, então, a norma abstrata ao caso concreto, de forma igualitária? (CHAPARRO, 2014)

Assim, ante a refutação do sujeito cartesiano – ou a morte de Deus, como eloquentemente colocou Nietzsche – ocorre um vácuo no pensamento que nos deixa momentaneamente sem referenciais adequados para as grandes questões que sempre mobilizaram o pensamento ocidental. Embora a razão emancipadora seja um mito, o homem experimentou os custos da irracionalidade ao abraçar os regimes totalitários. Assim, se não a ciência, algo parece ser necessário para construir um referencial norteador para a civilização.

5.2 O redescobrimento da verdade na democracia

Nesse caminho, diversos autores, dentre eles Jürgen Habermas, vão propor caminhos para uma nova forma de razão. Em sua teoria da ação comunicativa o autor vai buscar na filosofia da linguagem as bases para um novo tipo de ação social que não seja entendida a partir da racionalidade econômica estreita, incapaz de explicar os movimentos sociais e todo o reavivamento da sociedade civil experimentado nas últimas décadas.

Tomando por base pensadores como Kant e Hegel, Habermas teorizou a respeito do surgimento de uma esfera pública de opinião a partir do desenvolvimento de uma imprensa burguesa e de outros meios de comunicação, independentes do Estado. Esse fenômeno tornou possível produzir (e sobretudo reproduzir) em escala de massa informações e opiniões, tornando-as disponíveis para um número cada vez maior de pessoas, as quais também começavam a ser alfabetizadas em maior grau. Esse foi o nascimento de uma "consciência" autônoma na sociedade civil, vulgarmente chamada

de opinião pública, vindo a separá-la da existência do poder estatal e tornar-se o porto seguro da democracia. Alexis de Tocqueville já havia reconhecido sobre a solidez de uma sociedade democrática que "as duas grandes armas que os partidos empregam para vencer são os jornais e as associações" (TOCQUEVILLE, 2005, p. 206).

Antes disso, tinha-se basicamente o mundo do mercado e o mundo da burocracia do Estado, dois grandes sistemas de racionalidade integrados. O primeiro dotado de uma razão orientada pelos resultados, vulgarmente representada como "os fins justificam os meios", e o segundo, predominantemente, de uma orientada por valores[52], praticamente invertendo a fórmula para "os meios justificam os fins". Entre eles surge um terceiro ser, um espaço para a subjetividade respirar, esmagada pela lógica implacável dos sistemas.

Essa nova dimensão não pode ser explicada pelo mesmo gênero de ação social que as demais. Portanto, Habermas, sem negar a motivação do autointeresse racional, vai buscar no bojo de um processo dialético de comunicação a construção de uma espécie de racionalidade consciente e refletida. Surge então o *mundo da vida*, em oposição/complementação ao *mundo dos sistemas*, constituído pelo conjunto de espaços de convivência social comum, desde os mais simplórios como as mesas de bar, até os auditórios das universidades. Isso ocorre quando os indivíduos são impelidos a autoafirmar reciprocamente suas subjetividades na forma de discursos para fazê-las valer frente aos outros. O jogo de identidades, valores e interesses, muitas vezes conflituoso, impõe a necessidade do reconhecimento do outro, bem como a adaptação ética e estratégica do seu próprio discurso, e com isso de sua própria subjetividade. Ao elo comunicativo entre os sujeitos que dá origem abstratamente a formas de consciência comum, partilhadas entre diferentes pessoas, dá-se o nome de *intersubjetividade*.

Esse reavivamento do mundo privado pela esfera pública dentro da sociedade civil é responsável pela canalização de ideologias entre pessoas e organizações. O consumidor, outrora tomado apenas como um indivíduo que busca maximizar seu benefício e minimizar seus custos, passa a selecionar os produtos que consome segundo critérios éticos e políticos. Entram em pauta preocupações em relação ao meio ambiente, aos direitos trabalhistas da mão de obra utilizada, o respeito aos animais, o engajamento em programas sociais, entre outros. Por outro lado, a grande empresa que pretende se manter no mercado passa a ser duplamente atingida por essas preocupações.

[52] Correspondem as duas formas de ação social racional descritas por Max Weber.

Ela é pressionada pela necessidade de atender as expectativas do consumidor e pelas expectativas do seu próprio quadro funcional, também constituído por indivíduos morais que podem ser sensíveis a questões de interesse social.

Com base nessa dimensão eminentemente moral e axiológica da vida social, Habermas promove uma renovação teórica dos fundamentos do Estado de direito contemporâneo. Se democracia é autogoverno, valor este de capital humano, e não o governo do mercado ou de outros interesses, então é deste mundo da vida que devem emanar os valores de uma sociedade. Redescobre-se no associativismo uma ferramenta de exercício de cultura cívica e de participação política, ainda que fora do espaço estatal, capaz de fortalecer o capital social interno e de promover o controle do poder público.

Entendendo o Estado como uma instância de síntese, de uniformização da pluralidade social, a sociedade civil, por sua vez, torna-se um espaço intenso de diálogos e conflitos dispostos em um jogo democrático, regrado pelo direito. Para esta teoria, os sistemas estatais em uma ordem civil devem ser dotados de uma certa porosidade, aptos a serem perpassados e influenciados por valores e interesses dos grupos representativos. Tal porosidade seria concretizada através de instâncias de representação, conselhos, parcerias, consultas públicas, etc. Seriam canais abertos de captação da sociedade civil para dentro da estrutura estatal, senão pela participação direta dos indivíduos, então por seus grupos intermediários de agregação, como as ONGs, os movimentos sociais, as universidades, os conselhos profissionais e as igrejas. Sendo a palavra final do poder público a resultante de múltiplos vetores, seus provimentos seriam carregados de legitimidade democrática, por terem considerado em sua formação os interesses diversos e até antagônicos dos atores sobre a sua égide.

Ao integrar as instâncias individual e coletiva em um modelo dialético de conflito e consenso, Habermas escapa da tensão entre um paradigma liberal, formalista, de um Estado absenteísta, e um social, defensor da prevalência da sociedade sobre o indivíduo. Surge um novo modelo solidário, apto a sintetizar as dimensões pública e privada, superando essa dicotomia estreita.

Deste modo, a teoria habermasiana nos confere uma nova noção de verdade política. Sabemos que é inevitável a unidade uniformizadora, essa falsa verdade do Estado. Mas é possível, com um toque existencialista, legitimá-la enquanto invenção coletiva, estabelecida em uma arena horizontal de debate e influência. Ainda que a lei, o ato administrativo ou a jurisdição sejam, em alguma medida, um constrangimento do

ser, pois a síntese é sempre uma padronização, e não satisfaz a todos, trata-se de uma verdade que reflete indiretamente os sujeitos que a instituíram. Só assim torna-se possível realizar uma ética como a kantiana, na qual se exercita a liberdade ao agir por dever.

Dessa forma, é compreensível a confluência entre a teoria de Jürgen Habermas e o que se discute no presente trabalho acerca de um processo democrático cooperativo com foco na justiça conciliativa. Dependendo esse mundo da vida do dinamismo da sociedade civil, de sua capacidade de se relacionar e de se organizar para ações sociais e políticas, é imprescindível a tais práticas a maturidade de negociar seus conflitos à luz das regras do direito, de preferência sem a necessidade formal de um processo, reestabelecendo e fortalecendo os vínculos de solidariedade, que são o cimento dessa dimensão. Cada vez que uma relação social se rompe por um conflito e as partes não se mostram capazes de resolvê-lo sem a imposição do Estado, tem-se um momento de anomia[53]. Expõe-se uma fragilidade do tecido social ante a incapacidade de regenerar-se, de autocompor para a preservação de suas amarras. Uma estrutura que se desagrega com facilidade tem menos força para resistir a pressões, para se reinventar, para inclusive ceder parcialmente ao outro, viabilizando a existência de um projeto comum. Quantas famílias, quantas empresas, quantas relações de confiança já não foram desfeitas por conflitos internos? E o que não se poderia ter produzido caso tivessem perseverado?

Para Deutsch um processo de solução de conflitos baseado numa lógica destrutiva é caracterizado pelo enfraquecimento ou rompimento da relação social preexistente à disputa em razão da forma pela qual este é conduzido. Há uma tendência de o conflito se expandir ou se tornar mais acentuado com o decorrer da relação processual, em oposição aos procedimentos construtivos, os quais podem levar a um fortalecimento dos vínculos anteriores (apud AZEVEDO, 2015). Quando a litigância se torna um esporte de competição, a tendência é as partes se importarem não só com o direito material, mas jogarem pelo desejo de vencer o outro. Em sentido semelhante:

> Outra relevante distinção da Mediação Comunitária é o fato de que esta estimula a autonomia e o empoderamento da comunidade. Esse fato pode ser constatado não apenas porque a comunidade passa a perceber o poder que possui de, com seus próprios meios, e de forma justa, promover a pacificação social. *Disso resulta o fato de que se fortificam laços pessoais e a alteridade,*

[53] Vide nota 44.

> *reação inversa à tendência pós-moderna de isolacionismo* [grifo nosso] (VILLAÇA; CAMELO, 2015, p. 258).

Enquanto o paradigma alimentar uma forma de consciência cartesiana, entrincheirada em relação ao outro, indisposta à síntese, a partir da qual se pretende ganhar e fazer perder, para maximizar seu benefício individual em detrimento dos demais, haverá pouco espaço intersubjetivo até mesmo para que determinados interesses desabrochem e se façam representar. Ainda hoje, muitas subjetividades permanecem relativamente invisíveis porque isoladamente seus indivíduos não tem poder para se fazerem ouvir e considerar. Fala-se dos moradores de rua, usuários de drogas, prostitutas, presidiários, ciganos, doentes mentais, etc. Em suma, todos aqueles que nós geralmente fazemos questão de fingir a inexistência, ou de negar-lhes a humanidade, como forma de reafirmar nossa própria consciência e verdade unilaterais. Por não terem voz enquanto sujeitos, acabam figurando enquanto objetos na sociedade. São frequentemente identificados como problemas pelas políticas públicas e não como destinatários das mesmas. Porque a relação do sujeito racionalista com um objeto é sempre uma relação instrumental, uma relação de subserviência para si.

E por que só o judiciário estaria imune a esse dever de abertura? Nesse sentido, a audiência de conciliação figura entre os mencionados canais que permitem ao mundo da vida infiltrar-se nos sistemas do Estado. Deslocou-se uma prática do seio das relações comunitárias para dentro do processo, abrindo uma janela de democracia dentro do jogo de dizer a verdade do direito. Não limitado a um episódio de conciliação durante a audiência, mas irradiado por toda a processualística civil, enquanto dever colaborativo. Com o desenvolvimento do processo cooperativo, poderia a intersubjetividade das partes enriquecer o trabalho do juiz com suas participações. Mesmo que não se chegue a um acordo, a acolhida das perspectivas, conforme já arguido em sessão anterior, influencia fortemente a percepção de que a decisão foi justa, e obtém um grau maior de adesão. Assim, a sentença, tal qual a lei, torna-se o resultado legítimo de um jogo democrático, uma verdade inventada por aqueles que por ela serão obrigados.

Segundo Boaventura Santos, só o instituto da mediação seria capaz de superar a dualidade entre o conflito real e o conflito processado (lide), característica essa marcante do direito processual burguês, e que é a principal responsável pela superficialização da conflituosidade social na sua expressão jurídica (apud PINHO, 2015, p. 224). Tal descompasso entre a realidade concreta e a existência filosófico-jurídica do indivíduo já havia sido debatida por Karl Marx em *A Questão Judaica* como

uma contradição inerente a um sistema pautado na propriedade privada. Entretanto, se é impossível para nossa formação social materializar a igualdade plena, pode-se ao menos ter a pretensão de aproximá-la do real.

O exercício da autocomposição em juízo estaria assim ligado a efeitos *intrajudiciais* e *extrajudiciais*. Quanto aos primeiros, referem-se ao resultado sobre o próprio direito, a jurisprudência, a cultura institucional, ao acervo de processos e a legitimidade do Estado aos olhos do cidadão. Quanto aos segundos, fomenta-se um trabalho educativo, uma experiência nova de ouvir e ser ouvido, e de assumir compromissos por vontade própria, reconhecendo a validade da posição do outro, primeiro sob a tutela do Estado, mas com a expectativa de que a prática seja um aprendizado a ser levado para fora dos tribunais e amadurecido no bojo das próprias organizações civis.

Quanto a esse potencial educacional argumenta-se que:

> As práticas sociais de mediação se configuram num instrumento ao exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados por um conflito. Falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em um certo sentido, é se ocupar da capacidade das pessoas para se autodeterminarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro). A autonomia como forma de produzir diferenças e tomar decisões com relação a conflitividade que nos determina e configura, em termos de identidade e cidadania. (WARAT, 2004, p. 58)

Não custa lembrar aqui a lição de Immanuel Kant em relação a importância da autonomia para a condição do cidadão. O *esclarecimento* para o filósofo alemão era justamente a capacidade de servir-se de si mesmo, de seu próprio entendimento, a partir da razão, sem recorrer a tutela de outrem. Essa qualidade, fundamental à virtude cívica, podemos reconhecer que nos é alienada pelo judiciário sempre que nos declaramos incapazes de resolver nossos conflitos e pedimos a um juiz fazê-lo por nós.

5.3. A relação entre capital social e desenvolvimento econômico

Cumpre discutir ainda, dentre os efeitos extrajudiciais de um processo mais célere e voltado à autocomposição, o possível impacto sobre o sistema econômico. Para diversas teorias, mais claramente para a marxista, existe uma correlação direta entre o papel do Estado e a estabilidade do sistema capitalista. O poder público nasce com a

função de assegurar a ordem das relações materiais – ou garantir o cumprimento dos contratos – assegurando o respeito à propriedade privada e garantindo através da lei, do judiciário e da polícia a existência de um *logos*, uma ordem racional que integra toda a estrutura de poder da sociedade. Hobbes (2003) já afirmava que "sem um sistema judicial eficiente, os participantes do mercado ficariam relutantes em realizar transações, com receio de que os acordos não fossem cumpridos". Argumentou o filósofo que aquele que cumprisse primeiro a sua parte do contrato se entregaria como presa a outra, a qual teria interesse em descumpri-lo, limitando, assim, a possibilidade de os contratos se prolongarem no tempo. Outros ainda, como Adam Smith e Max Weber observaram essa correlação (SOUZA, 2015).

Mais concretamente, o desenvolvimento da economia, ao menos da economia moderna e contemporânea, depende da existência de um sistema jurídico cada vez mais flexível e eficiente para conferir segurança aos empreendimentos. Segundo Douglass North "a ausência de meios de baixo custo que assegurem o adimplemento dos contratos é a 'fonte mais determinante tanto de estagnação histórica quanto do subdesenvolvimento contemporâneo no Terceiro Mundo'" (NORTH apud MESSICK, 1999, p. 120). No mesmo sentido, Oliver Wiliamson, ganhador do prêmio Nobel de economia, afirma que a qualidade do judiciário pode ser inferida indiretamente pelo grau de desenvolvimento econômico de um país. As chamadas economias de alta performance são justamente aquelas capazes de sustentar um maior número de contratos e com duração de longo prazo. Os países dotados de um judiciário problemático e um mercado menos desenvolvido seriam marcados por relações de curto prazo, como transações de pronta-entrega, devido as instabilidades esperadas. A ausência de um judiciário eficiente implicaria riscos de inadimplemento que elevariam os custos dos investimentos, por sua vez, reduzindo a competitividade do meio econômico.

Diversos estudos já foram desenvolvidos no sentido de verificar empiricamente a tese hobbesiana, buscando a correlação entre a confiança nos contratos e as escolhas de investimento. Williamson cita pesquisa aplicada no Peru a qual constatou que quase um terço dos empreendedores não trocariam um fornecedor no qual confiam por outro, ainda que o preço fosse menor, por medo deste novo não honrar o acordo. Estudo apontou realidade semelhante no Equador, segundo o qual a falta de previsibilidade era um fator que levavam investidores a hesitar em investir no país. Especificamente no contexto brasileiro, estimou-se que os investimentos nacionais aumentariam em 10% e

os empregos em 9% caso o nosso judiciário tivesse desempenho similar aos dos países desenvolvidos. (apud Williamson, 1996)

Outra pesquisa, realizada com 3.600 empresas em 69 países descobriu que para 70% dos entrevistados a imprevisibilidade no judiciário era o maior problema em suas operações comerciais. Constatou-se também uma correlação entre o grau de confiança nas instituições estatais, inclusive no judiciário, e o grau de investimentos e performance econômica dos países.

A mecânica dessa ligação entre economia e judiciário precisa ser melhor estudada, evitando-se uma relação de causalidade simplista. É possível que um maior desenvolvimento econômico seja responsável também por aparelhar o Estado para um funcionamento mais eficiente. Williamson sugere ainda que ambos os sistemas podem estar sendo influenciados por um fator comum: o conjunto de costumes e crenças de uma sociedade, comumente denominados de capital social[54].

Neste ponto reside, mais claramente, a pertinência da justiça conciliativa à temática do crescimento econômico. A capacidade de resolver conflitos por autocomposição está diretamente ligada à de celebrar contratos. Isso pois, como já arguido em sessão anterior, o acordo de vontades por conciliação nada mais é do que a celebração de um novo pacto, ou uma *novação*. O instrumento para a formação do contrato é o mesmo para renegociá-lo: o diálogo de vontades. Assim, intui-se que sujeitos indispostos a conciliar para resolver problemas incidentais, preservando seus vínculos, provavelmente têm também baixa disposição para se associarem em primeiro lugar, para criação de novos empreendimentos, visto que a substância das práticas é a mesma.

É importante ter em mente que a palavra contrato pode adotar nesse contexto o sentido mais genérico possível. Não se limita a transações comerciais. São acertos individuais e coletivos de quaisquer naturezas, inclusive familiares. Disto resulta a correlação sugerida entre o capital social e o econômico. A disposição para empreender parece encontrar terreno mais fértil em relações sociais pacíficas, marcadas pela previsibilidade não só do mercado, mas dos próprios costumes cívicos e do sistema político. Ao contrário, contextos de instabilidade social e institucional tenderiam a um imediatismo socioeconômico, privilegiando-se planos e ganhos de curto prazo em detrimento de investimentos mais sólidos e duradouros.

[54] Para o conceito, vide nota 24.

Percebe-se então uma presumível correspondência entre o dinamismo da sociedade em empreender e a vitalidade das práticas e valores democráticos que constituem o chamado mundo da vida. Ambos dizem respeito ao âmbito privado e traduzem a aptidão de estabelecer vínculos associativos, bem como de conservá-los (onde está o papel da mediação), embora um tenha por motor uma racionalidade econômica pura, enquanto o outro uma racionalidade comunicativa, que se poderia descrever como mitigada ou com viés moral.

Deste modo, torna-se possível falar em uma tríplice correlação de forças entre a eficiência do judiciário, o desempenho econômico e o associativismo civil. A esse respeito, corrobora o entendimento de Amartya Sen (2005, p. 298):

> O funcionamento de mercados bem-sucedidos deve-se não só ao fato de as trocas serem "permitidas", mas também ao sólido alicerce de instituições (como por exemplo estruturas legais eficazes que defendem os direitos resultantes de contratos) e da ética de comportamento (que viabiliza os contratos negociados sem a necessidade de litígios constantes para obter o cumprimento do que foi contratado).

Em sentido semelhante destaca-se outra posição:

> Um governo eficiente requer instituições jurídicas que funcionem de forma a contribuir para os objetivos correlatos de promoção do desenvolvimento do setor privado, estímulo ao desenvolvimento de todas as outras instituições sociais, redução da pobreza e consolidação da democracia. O reconhecimento da necessidade de reforma do Judiciário está crescendo, devido ao crescente reconhecimento de que *as reformas política e do sistema judicial são a chave da reforma do sistema econômico*. Um mercado livre e robusto só pode germinar em um sistema político onde as liberdades individuais e os direitos de propriedade são consensualmente respeitados e onde as reclamações de violações de tais direitos podem ser levadas a tribunais justos e eficientes. [...] (DAKOLIAS, 1995, p. 167-168).

Fica evidenciada, assim, a amplitude do contexto de importância das práticas autocompositivas, bem como da existência de um processo cooperativo democrático. A opção pelo modelo reflete um projeto político de inclusão e de reafirmação da autonomia da sociedade civil, não se limitando a uma estratégia técnica para desafogar a máquina pública, a qual não implicaria nenhum tipo de reflexão mais profunda. Portanto a autocomposição:

> Apresenta-se como uma forma de apoio e reforço aos mecanismos já existentes, permitindo sua descentralização e propiciando sua proximidade com a sociedade, favorecendo o acesso material à justiça e garantindo o exercício da cidadania, contribuindo para a harmonização entre os valores e os princípios e para sua efetiva concretização. A mediação é uma maneira de

desenvolver a democracia instigando os indivíduos a tornarem-se cidadãos no seu sentido mais amplo, pela tomada de consciência de suas responsabilidades para consigo e com aqueles que estão a seu redor, pelos seus litígios, pela comunidade onde vive, levando-os a distanciarem-se do seu ponto de vista individual para que atentem para o bem comum. Propicia aos indivíduos uma participação política, quando participa da discussão acerca dos melhores caminhos para a solução dos conflitos, um desenvolvimento da cidadania, quando passa a ser responsável pela administração da justiça; uma educação para a paz, quando aprende a lidar com os conflitos sem permitir que as emoções interfiram, o que proporcionará maior eficácia e efetividade dos acordos pactuados; o desenvolvimento pessoal, pois os litigantes não apenas aprenderão a lidar com seus conflitos naquele momento, mas levarão pela vida o aprendido e o transferirão a outras situações. Favorece a ponderação e a integração dos direitos, conduzindo a um equilíbrio entre direitos e deveres, preparando os cidadãos para exercê-los em relação ao outro e à sociedade; valoriza e preserva a dignidade humana, através da realização de uma justiça eficaz, rápida e informal, sem burocracia e aplicada de forma imparcial (MUNIZ, 2015, pp. 374-375).

6. ASPECTOS TÉCNICOS DA JUSTIÇA CONCILIATIVA

6.1. Institutos autocompositivos em espécie

Até o momento este trabalho tratou todos os métodos de autocomposição sem muita distinção técnica entre eles. Também na prática muitos ignoram as diferenças entre as abordagens, chegando a haver autores que recomendem tratá-las como sinônimos (PINHO, 2010). Predomina, contudo, tratarem-se de criações jurídicas voltadas a atender a contextos diversos, como se explica a partir de agora.

A começar pelo CPC, o art. 165, §2º e 3º distingue o conciliador e o mediador, e por extensão as duas técnicas. O primeiro dentre esses parágrafos enuncia que:

> O conciliador, *que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio* [grifo nosso], sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

Já o parágrafo seguinte dispõe:

> O mediador, *que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito* [grifo nosso], de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Deduz-se, pela simples leitura, que a diferença básica entre a conciliação e a mediação é que a primeira é empregada entre interessados que não possuem um relacionamento prévio, tendo o conciliador uma atitude mais ativa, propondo soluções para o conflito. Já a segunda é indicada quando as partes já possuem vínculo anterior, devendo o mediador respeitar essa relação preexistente, limitando-se a auxiliar as partes para que elas próprias encontrem uma solução adequada.

Entretanto, segundo Souza (2015), a distinção entre um e outro instituto pelo critério de quem faz proposta de solução não se sustenta. Na prática, a diferença entre uma postura mais interventiva ou passiva do auxiliar varia de acordo com o grau de abertura das partes, a formação e o estilo do profissional. Quando o mediador adota tom mais propositivo, fala-se em uma “mediação ativa”, algo muito próximo da conciliação (PINHO, 2010). O critério central seria então o grau de envolvimento entre os sujeitos.

Aprofundando as diferenças, podemos dizer que a conciliação se propõe a ser uma abordagem mais superficial, direcionada a trabalhar o objeto do conflito em si, por se tratar a desavença de um episódio isolado entre dois indivíduos que mal se conheciam e que, tão logo seja resolvido o problema, provavelmente se despedirão com um aperto de mãos e nunca mais voltarão a se ver. Um bom exemplo de lide a ser submetida à conciliação é a decorrente de uma batida de carro. Ocorrida no trânsito, as partes se desconhecem e querem apenas resolver a responsabilidade do prejuízo. Não têm também maiores motivos para se detestarem além do transtorno imediato. Assim, tão logo o problema objetivo esteja resolvido, não restará nenhum conflito subjetivo relevante entre elas. A situação já terá sido pacificada.

A mediação, por outro lado, propõe-se a um trabalho mais artesanal e profundo, adequado a situações de maior complexidade. Sendo indicada nos casos em que há um relacionamento anterior entre os envolvidos, o melhor exemplo de demanda aplicável é a pertinente ao direito de família. Normalmente o objeto da lide é apenas a ponta do iceberg e só a expressão de um conflito emocional anterior. Nesses casos, pouco adianta limitar-se a uma resposta direta ao objeto da ação, principalmente se esta vier de um provimento contencioso. Não só os interessados já chegam ao judiciário envolvidos em uma dinâmica afetiva que o mediador não conhece, como após a saída, continuarão a conviver entre si. Se a causa subjacente ao conflito não for tratada com uma maior qualidade e comunicação, existe uma probabilidade mais elevada de que a solução não seja respeitada pelas próprias partes, ou que novas ações voltem a ser ajuizadas, pelo mesmo ou por outros motivos. Assim, o trabalho do mediador é desconstruir as resistências das próprias partes, ajudando-as a compreender seu próprio interesse e encontrarem respostas criativas para seus problemas. Distinguem-se então:

> "[...] O conciliador buscaria apenas obter o acordo, ou seja, estaria focado na resolução do conflito tal como levado pelas partes, ao passo que, naquela, o objetivo é restaurar a comunicação entre as partes, a fim de que estas percebam por si mesmas qual é a melhor solução para ambas. Trata-se, portanto, a mediação de um procedimento que, ao mesmo tempo em que resolve o litígio, restaura o relacionamento entre as partes e as educa para a resolução autônoma de seus litígios, sendo, portanto, bastante democrático e fortalecedor da cidadania, além de agregar todas as vantagens já apontadas para a arbitragem; o acordo é uma consequência natural destes objetivos mais amplos. Pode-se dizer, assim, que a mediação costuma ir mais fundo, descer às raízes do conflito, trabalhando em todo o seu contexto, ao passo que a conciliação costuma trabalhar apenas nos limites do litígio inicialmente descrito pelas partes (SOUZA, 2015, p. 51) ".

Outra diferença diz respeito a formação profissional do terceiro imparcial. Em virtude do tipo de conflito trabalhado pela conciliação, a especialização indicada é mais monodisciplinar, sendo feita normalmente por pessoas da área jurídica. Enquanto isso, para a mediação, é desejável uma abordagem multidisciplinar, sendo aconselhado conhecimento não só do direito, mas também da psicologia, do serviço social e afins, razão pela qual é possível, a depender do caso, contar com o apoio de um co-mediador (ALMEIDA, 2015). Do ponto de vista legal, exige-se do mediador judicial graduação em curso de nível superior há pelo menos dois anos, além de capacitação em cursos certificados (lei 13.140/15, art. 11). Do conciliador demanda-se menor formação, podendo inclusive ser o trabalho feito por estudante universitário, desde que de acordo com a Resolução CNJ n. 125/2010.

Disso decorre que a conciliação tem uma pauta mais objetiva, a ser trabalhada sob a perspectiva da responsabilidade, de um dano ocorrido no passado e o seu dever de correção. Já a mediação evita trabalhar qualquer noção que leve à culpa. Sua visão é prospectiva: como impedir a repetição do problema, de modo a preservar as relações. Assim, se "distancia as pessoas das ideias cartesianas de correto e incorreto e de autor e réu, fomentadoras de uma postura adversarial e consequentemente punitiva, e as convida para ações cooperativas, regidas pela co-responsabilidade [...] (ALMEIDA, 2015, p. 90) ".

Uma anedota contada por Alcira Ana Yanieri e repetida por muitos autores ajuda a entender a lógica da autocomposição, em oposição à jurisdição contenciosa:

> Duas irmãs pequenas discutem por uma laranja. Ambas a querem e a menor diz: "é minha", mas a outra diz: "não, é minha". A mãe, cansada, põe fim a disputa. Chama as duas filhas e divide a laranja cuidadosamente em partes exatamente iguais e as entrega. Satisfeita, a mãe retorna a seus afazeres pensando haver solucionado com justiça o conflito. Esta situação mostra a ideia geral do que significa uma solução justa: um terceiro neutro que divida equitativamente o objeto em disputa. À primeira vista, a solução parece acertada. Mas a história não termina aqui, porque a menor das irmãs pega sua metade, tira a casca e come a polpa; a outra, o contrário, tira a polpa e guarda a casca para fazer uma torta. Vemos que a solução, apesar de equitativa, não foi um bom remédio (YANERY, 1994, p.1-2, tradução nossa).

A despeito da técnica empregada, o relato nos ajuda a compreender uma potencialidade da justiça conciliativa. Tem-se a noção comum de que uma solução negociada implica necessariamente a realização de abdicações recíprocas, como se para autocompor fosse preciso abrir mão de parte do seu direito, conformando-se com uma solução menos vantajosa. Isso não é necessariamente verdade, sobretudo no que diz

respeito à mediação. A ambição é que a resposta encontrada para o problema possa trazer ganhos mútuos aos envolvidos, em oposição a uma decisão impositiva. Isso se torna mais fácil de obter quando não há uma oposição de interesses real entre os litigantes, mas apenas barreiras que os impedem de enxergar a convergência. Basta pensar no exemplo de um casal separado em disputa pela guarda unilateral dos filhos menores. Uma solução amigável, que fortaleça a comunicação dos pais, poderá gerar vantagens para todos os interessados, não precisando cada um pretender excluir o outro.

É preciso ressaltar não ser a mediação um procedimento terapêutico, apesar de dialogar com a psicologia. Ela pode demandar duas, três ou quatro sessões para amadurecer a comunicação entre os interessados. Mas embora deva se inserir no contexto emocional, buscando os reais interesses por trás das posições externas assumidas, não se pode perder de vista a lide jurídica posta pelas partes (PINHO, 2011). Assim, a mediação precisa terminar uma hora[55]. Sem dúvida relacionamentos afetivos não se submetem às agendas dos mediadores, mas estes precisam concluir o seu trabalho, dando uma solução, ao menos a princípio, para a contenda. Deste modo, se houver indicação para um acompanhamento de longo prazo, é fundamental serem os participantes encaminhados aos profissionais competentes.

Percebe-se então, que a mediação, por sua maior profundidade, é uma técnica mais completa e elaborada de diálogo. É também, dentre as duas, a que melhor responde aos anseios anteriormente discutidos de pacificação social, desenvolvimento democrático, etc. Isso porque sua proposta é mais diretamente um amadurecimento pessoal e voltado para o futuro, um método educativo que possa ser levado para a vida e exercitado em desavenças futuras, ainda que na ausência de um mediador. É esta técnica a que mergulha mais profundamente nas entranhas do chamado mundo da vida. Não é à toa que boa parte da literatura sobre o tema concentra-se mediação, sobretudo a extrajudicial.

Mas isso não quer dizer que a conciliação tenha uma importância menor. Primeiro porque a maioria dos litígios não tem esse grau de profundidade que exija um trabalho construtivo mais amplo. Grande parte das ações, ao menos no contexto das varas cíveis, tratam de divergências puramente patrimoniais, relativas a contratos, relações consumeristas, títulos de crédito, locações, etc. Quando envolvem pessoas

[55] Lei 13;140/25, Art. 28. “O procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação”.

jurídicas, normalmente não há que se falar em questões subjetivas para superação. São problemas a serem tratados de um ponto de vista mais objetivo e que não podem ficar de fora do modelo cooperativo. Em segundo lugar, hoje em dia, cada vez algumas relações estão se tornando impessoais e distantes[56]. Uma questão de vizinhança, por exemplo, pode a princípio ser objeto de mediação. Mas como muitos vizinhos atualmente sequer se conhecem pelo nome, caduca a necessidade de uma autocomposição mais elaborada. Em terceiro, a mediação é realmente um procedimento mais trabalhoso, custoso e demorado, tendo também suas limitações de êxito, as quais dependem da voluntariedade e da boa-fé dos participantes. É inviável ser sempre aplicado, de modo que deve haver uma filtragem dos casos mais recomendados (ALMEIDA, 2015). "Seria um erro grave pensar em executar mediações em série, de forma mecanizada, como hoje, infelizmente, se faz com as audiências prévias ou de conciliação, nos juizados especiais e na Justiça do Trabalho" (PINHO, 2011 p. 41).

Por esses motivos, o presente trabalho tem enfoque sobretudo na conciliação judicial realizada em varas cíveis, posto que estas ocorrem diretamente dentro do processo e como regra geral de atuação dos juízes e auxiliares. Ainda que se concorde, como já destacado na sessão 4.2, ser a autocomposição extrajudicial preferível, a mesma se exaure no mundo da vida, sem chegar diretamente ao mundo dos sistemas. Considerando que as instâncias não são em funcionamento paralelo apenas, mas deve haver a canalização da sociedade para dentro do Estado, depende-se de uma maior abertura nos sistemas para se deixarem contaminar. A conciliação judicial guarda grande potencial para tanto.

Por fim, cumpre chamar atenção que estes dois não são os únicos métodos de autocomposição possíveis. Fala-se ainda da negociação, termo designador do diálogo direto entre os interessados, ou por intermédio de seus advogados, mas sem a presença de um terceiro imparcial. Trata-se também de prática essencial, pois normalmente antes de recorrer a qualquer procedimento intermediado, os envolvidos tentam alcançar uma solução por conta própria, caminho sem dúvida mais econômico, se não houver grandes resistências. Constitui uma técnica especialmente importante aos advogados, pois grande parte dos acordos é formulada nos próprios escritórios de advocacia, em reuniões e não em audiências. A mesma pode ocorrer, preferivelmente, antes do

[56] O sociólogo Anthony Giddens descreve a contemporaneidade por uma série de encaixes e desencaixes na sociabilidade, que conectam as pessoas em dimensões mais abrangentes e globalizadas, ao passo que enfraquecem a coesão nos espaços locais de maior proximidade.

processo, mas também durante. Entretanto, será sempre extrajudicial e opcionalmente levada a homologação posterior, vez que a presença do auxiliar da justiça desnatura o instituto em uma das espécies anteriormente vistas.

A negociação trata-se de um método complementar que pode ser eficaz em conflitos com barreiras de menor complexidade, associadas à falta de conhecimento jurídico ou à má vontade dos envolvidos. Quando intermediada por advogados treinados, não havendo a necessidade de um auxílio profissional mais transdisciplinar, pode até mesmo ser um bom substituto para as conciliações extrajudiciais. Aliás, por sua simplicidade, talvez seja a prática que melhor traduz a espontaneidade de relações sociais e jurídicas capazes de se reinventarem e de preservarem o capital social no mundo da vida. É uma técnica adequada ao entendimento do contrato como uma relação que demanda trato contínuo para ser mantida, restaurada ou reinventada em ordem de fazer os vínculos perdurarem.

Fala-se ainda em institutos como a submissão/renúncia, quando uma das partes aceita a pretensão (ou resistência) do outro como válida em sua integralidade, pondo fim ao litígio. De outro lado, a transação designa o acordo obtido por concessões recíprocas, sem a desconstrução total por uma das partes. Em ambos os casos, estas não são técnicas de autocomposição, mas tipos de acordo obtidos pela aplicação dos métodos estudados.

Em suma, as diferentes técnicas aqui discutidas são construções dotadas de maior ou menor institucionalidade para promover um mesmo fenômeno: a autocomposição. Cada uma pode ter suas indicações a depender das particularidades do caso, mas todas representam o avanço na aptidão democrática de criar verdades negociadas, independentes ou interdependentes da burocracia estatal.

6.2. A conciliação em números

Considerando as inovações relativas a autocomposição trazidas pelo novo código processual e pela lei de mediação (13.140/15), o judiciário vem fazendo esforços para se adaptar e cumprir os mandamentos legais. A audiência de conciliação no início do processo não se limita mais aos casos presumidos pela legislação como de menor complexidade, tendo passado a ser a regra geral do procedimento comum. Para contemplar a mudança, a qual ampliou significativamente o número de audiências de

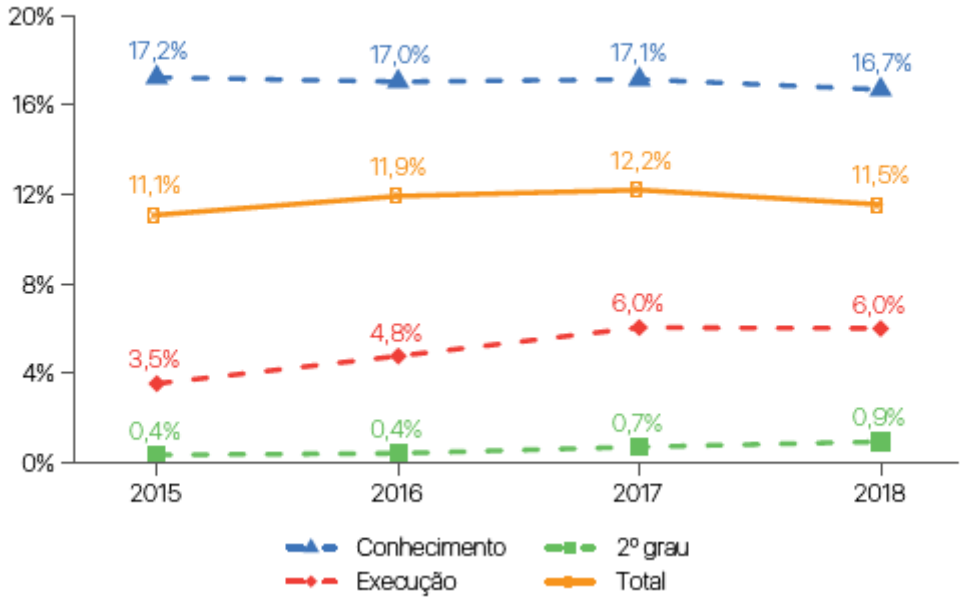
conciliação/mediação na justiça estadual, foram triplicados os *Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania* (CEJUSCs), descentralizou-se o serviço e especializou-se a função de conciliador ou mediador.

Mesmo na vigência do diploma anterior, tais centros já existiam, mas em menor número. No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro os juízes indicavam determinados processos casuisticamente ao centro, cabendo a este fazer um convite, absolutamente opcional, para o comparecimento das partes, antes mesmo da citação. Nos casos nos quais a audiência era prevista por força de aplicação do antigo procedimento sumário, o comum era a atividade ser centralizada pelo próprio juiz, mesmo porque previa-se a realização de outros atos, como apresentação de defesa e até mesmo, possivelmente, a prolação de sentença.

À medida que o procedimento se tornou mais institucionalizado, geral e obrigatório, foi necessário ampliar a estrutura e especializar a função. Segundo o relatório Justiça em Números 2019, eram 362 centros no país em 2014. Em 2015 passaram para 649, em 2016 para 905, em 2017 para 982 até alcançar o número de 1.088 em 2018, o último ano da série histórica até o momento. O número de conciliadores também triplicou, de 6.427 em 2014 para 21.361 em 2018, correspondendo a 4,75% da força de trabalho do judiciário. Note-se que o ano base de 2015 (correspondente ao relatório de 2016), foi o primeiro a incluir informações mais detalhadas a respeito do êxito das conciliações, já antevendo as mudanças a serem dadas a partir do ano seguinte. Antes disso os dados dessa natureza eram negligenciados, dificultando a comparação com períodos anteriores, embora a conciliação fosse uma política do CNJ desde 2006.

Apesar do significativo incremento na infraestrutura os índices de formalização de acordos no judiciário como um todo ainda são relativamente baixos, como se observa a partir do gráfico a seguir:

Figura 112: Série histórica do Índice de Conciliação



Fonte: Justiça em números 2019

A primeira observação a qual chama atenção é o fato de as transações serem celebradas quase que exclusivamente na primeira instância. Conciliações em grau recursal são praticamente inexistentes, embora perfeitamente possíveis. A esse respeito, destaca o relatório de 2016 que:

> Não se pode desconsiderar o efeito desestimulante ao acordo operado pela sucumbência determinada na decisão recorrida. Em regra, da sentença resultam vencedor e vencido, o que reduz a propensão do primeiro de transigir com direitos que já lhe foram reconhecidos em pronunciamento judicial.

Além disso, percebe-se que o índice total de conciliações no último ano analisado foi de 11,5%. É necessário ter cautela ao analisar esses dados em números absolutos, pois estes condensam realidades muito distintas dentro de cada tribunal. Um valor geral implica colocar no mesmo diapasão acordos em varas comuns e juizados especiais, procedimentos comuns, especiais e de execução, recursos, assim como competências cível, penal, fazendária, etc. Ao misturar populações tão diferentes, inclusive em circunstâncias legalmente proibidas de serem resolvidas por autocomposição, perde-se a clareza do que aquele número representa. Contudo, permanece a sensação de que o êxito de acordos é relativamente baixo. Apenas para efeito de ilustração, sem haver comparabilidade imediata devido às diferenças

metodológicas na construção do dado, cumpre ressaltar que Maria Dakolias apontava, já na década de 90, um impressionante índice de 70% de êxito nas conciliações do judiciário do Chile[57], o que se traduzia em um número altíssimo de casos resolvidos anualmente por cada juiz – 4.809, contra, por exemplo, 1.909 referente no estado de São Paulo –, apesar de o judiciário chileno receber também, à época, uma quantidade de demandas muito mais elevada por magistrado – 8.187 processos, em comparação a 3.129 em São Paulo (DAKOLIAS, 1999).

Apesar do pouco significado dos números isoladamente, a comparação entre eles é relevante e revela um cenário ainda pouco animador. Percebe-se que entre 2015 (último ano de vigência do código anterior) e 2018, o índice de acordos pouco mudou. O próprio relatório do CNJ chama essa atenção: "[...] em três anos o índice de conciliação cresceu apenas 0,5 ponto percentual". Mas não apenas isso. Outro fenômeno curioso é que a alta no total se deveu a um aumento no número de transações ocorridas nos processos de execução (de 3,5% para 6,0%), sendo que tais ações não são submetidas aos CEJUSCs nem à audiência prévia do art. 334. Quanto às ações de conhecimento, que são o alvo da política, na verdade, houve um pequeno decréscimo na estatística, em 0,5%.

Por outro lado, com o fulcro de anular o impacto do segmento da justiça especial e superior no índice, observando um dado mais específico em relação aos tribunais dotados de CEJUSCs, pode-se tomar os números exclusivamente da justiça estadual, embora os mesmos ainda sejam bastante heterogêneos. Nesse caso, tem-se um resultado ligeiramente mais otimista. O relatório aponta para um índice de conciliação nos estados de 9% em 2015, que teria saltado para 10,9% em 2016, primeiro ano de vigência do novo CPC, mas sofrido decréscimo nos anos seguintes, para 10,7% em 2017 e 10,4% em 2018. Entretanto, quando excluímos do cálculo os processos de execução, que aumentaram em número de transações, mas cujo sucesso em princípio não pode ser associado ao novo CPC, vemos que o número de acordos cresceu pouco. Passou de 14% em 2015 para 14,2% em 2018, considerando apenas ações de conhecimento no judiciário estadual como um todo. É intuitivo sugerir que se fossem isoladas as ações restritas ao procedimento comum em varas cíveis, o crescimento do índice seria mais evidente nesse conjunto, no entanto, os dados do CNJ não são específicos a esse ponto.

[57] Dado que toma por base os processos submetidos à conciliação e não o total de ações.

Buscando captar mais especificamente a influência das reformas na justiça conciliativa, podemos colacionar a existência dos centros com o sucesso na formação de acordos. Quando fazemos uma comparação entre os estados com maiores quantidades de CEJUSCs e os índices de conciliação por tribunal estadual, era de se esperar uma correlação positiva entre os dois. A grande presença de centros denotaria uma consolidação maior do procedimento, o que se expressaria em níveis mais elevados de êxito. No entanto, isso não se sustenta. Os dez estados que mais possuem CEJUSC são, respectivamente, SP (224), MG (143), BA (130), PR (108), RS (46), TO (42), MT (41), CE (36), RJ (35), GO (32). Ao mesmo tempo, os dez estados com maiores índices são MS (22,5%), SE (21,1%), MG (19,2%), AL (15,8%), AP (14,9%), PB (14,8%), PA (14,4%), PE (14,2%), AC (14,0%), MA (13,9%). Ou seja, apenas Minas Gerais figura nas duas listas. As duas variáveis aparentam estar completamente desassociadas. O caso mais emblemático é o de São Paulo. Este detém, de longe, a maior estrutura, que já correspondia a 35% dos CEJUSCs do país em 2014 (128 unidades), sendo, portanto, os mais antigos do Brasil. Não obstante, com base nos dados oficiais, é o penúltimo estado no êxito de conciliações (5,9%), ficando na frente apenas do AM (5,8%). De fato, quando calculamos a correlação entre o índice de conciliação e a quantidade de centros, encontramos um índice de -0,289, valor muito baixo, inclusive negativo[58].

Seria possível arguir a hipótese de que a quantidade de centros por si só não é a variável adequada uma vez que os tribunais são demandados em proporções diferentes, dependendo do aporte do judiciário de cada estado. Assim, o tribunal de São Paulo, embora tenha muitas unidades, poderia estar assoberbado por uma quantidade de processos proporcionalmente muito maior, impactando negativamente a qualidade do trabalho. Para testar essa hipótese, criamos então uma variável do total de casos novos *por CEJUSC*, a fim de comparar a quantidade de transações em relação ao volume de processos teoricamente divididos por cada centro[59]. Tomando por base o ano de 2017, para se analisar um exercício anterior, os TJs com maiores índices de conciliação nesse período foram CE (21,1%), SE (20,4%), MG (18,8%), AP (16,2%), PA (15,9%), ES (15,4%), RR (15,2%), MS (15,1%), AC (14,7%) e MA (14,6%). Já os tribunais com as menores proporções processos/CEJUSC foram respectivamente RO, AC, AP, RR, BA,

[58] Considera-se mais evidente a existência de uma correlação positiva tanto quanto este índice é próximo de 1, ou negativa o quão próximo for de -1.

[59] O total de processos considerado foi o de cada TJ como um todo, uma vez que não há nos relatórios oficiais disponíveis números mais específicos quanto aos processos cíveis ou especificamente submetidos à conciliação.

PB, TO, RN, MT e MG. Nesse caso, quatro estados apareceram nas duas listas, mas a maioria não. São Paulo, neste ano, figurou em último lugar na realização de acordos embora não esteja particularmente sobrecarregado nesse aspecto (é o 17º estado na ordem). Da mesma forma, quando calculamos o índice de correlação entre o número de acordos e a quantidade de processos por cada CEJUSC, encontramos o valor de -0,162, também irrisório.

Um outro dado é que não foi encontrada correlação significativa entre a quantidade de acordos e o tempo de duração médio dos processos. Tomando por base novamente 2018, os tribunais com mais tempo da petição inicial até a sentença foram os da Bahia e da Paraíba, ambos com 30 meses. O mais rápido foi o de Sergipe, com 8 meses apenas. Calculado o índice entre os acordos e a duração do processo encontrou-se o valor de -0,15, demonstrando que as duas variáveis não crescem juntas.

O presente trabalho não se propõe a explicar a fundo esses resultados, que podem inclusive conter problemas na sua coleta ou construção, mas é inevitável levantar algumas questões sobre eles. O fato de o número de acordos não ter aumentado, apesar da submissão de um número muito maior de ações às audiências e da formação de profissionais especializados, sugere, em um primeiro momento, que a estrutura dos centros de conciliação não tem contribuído para obter melhores resultados do ponto de vista quantitativo. A atuação dos auxiliares não estaria fazendo diferença sobre a opção das partes em formar um consenso, pois ainda que a institucionalização dos centros e a especialização dos conciliadores não tivesse acrescido em nada a chance de sucesso em relação aos anos anteriores, o mero aumento na quantidade de causas submetidas ao procedimento deveria representar alguma evolução no índice.

Se isso for verdade, as transações estariam acontecendo em regra extrajudicialmente por esforço das próprias partes e advogados, mediante negociação direta. Os acordos celebrados perante os conciliadores e mediadores seriam, muitas das vezes, causas as quais já se estaria chegando a uma solução consensual de uma forma ou de outra, tendo a audiência apenas aproveitado a oportunidade.

O cenário é particularmente desanimador quando se considera os gastos públicos necessários para sustentar essa estrutura conciliativa, bem como a demora acrescida ao tempo de tramitação processual, sob a suspeita de que a prática não vem apresentado resultados relevantes – conforme supracitado, são 21.361 funcionários ocupados dentre conciliadores, juízes leigos e voluntários. Como arguido acima, foge ao escopo deste trabalho verificar a veracidade dessa hipótese e os fatores envolvidos, o que pode ser

matéria de outro estudo. Entretanto, o dado empírico parece concordar com a percepção subjetiva de alguns magistrados. A esse respeito, é ilustrativo o despacho de um magistrado do TJRJ, destacado abaixo, para dispensar a audiência prévia de conciliação, a qual pela inteligência do art. 334 seria, a princípio, obrigatória:

> A experiência deste juízo tem indicado que a designação da audiência de conciliação acaba não sendo a mais adequada à realidade forense e conspira, muitas vezes, contra o Princípio da Duração Razoável do Processo. O grande volume de ações distribuídas diariamente acarreta o assoberbamento de audiências de conciliação, e consequentemente pautas com designações muito longas que não raramente são adiadas, por diversos motivos, sobretudo com a presença de prepostos sem qualquer proposta de acordo. *Além disso, percebe-se que o percentual de elaboração de acordos em audiências de conciliação é bem reduzido, mormente quando as audiências são conduzidas por Conciliadores que, embora treinados, não tem obtido êxito em persuadir as partes a transigirem* [grifo nosso]. Em alguns casos, as ações contêm matérias unicamente de direito sem qualquer necessidade de dilação probatória, o que acarreta, por vezes, o julgamento antecipado no estado em que se encontra o processo, julgamento este que se dá antes mesmo de uma redesignação da audiência prevista no artigo 334 do Código de Processo Civil. Vale dizer que a convolação da audiência, no presente caso, não trará prejuízo algum às partes, muito ao contrário, pois a qualquer momento, havendo de fato o ânimo real de conciliar, as partes poderão em conjunto requerer a designação da mencionada audiência, o que no caso será feito com muito maior probabilidade de êxito na elaboração de um acordo. Por tais razões, convolo a audiência prevista no artigo 334 do Código de Processo Civil por tratativas escritas. Podendo o réu fazer proposta de acordo a qualquer tempo por petição, quando então será dada vista à parte autora para apresentar sua contraproposta caso queira.

Em sentido semelhante, vem despachando uma magistrada do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, arguindo pelas dificuldades orçamentárias e administrativas para concretizar o mandamento legal, como se destaca a seguir:

> (...) Já o art. 165 do mesmo diploma processual, prevê que caberá aos tribunais a criação de "centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação ou mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição". Verifica-se que a intenção do legislador foi profissionalizar os conciliadores e mediadores a fim de que os mesmos possam auxiliar o Poder Judiciário. Porém, a lei não fixou um cronograma para a implementação dessas inovações, tampouco previu o impacto orçamentário que tais medidas de adequação gerarão aos cofres públicos. Assim, considerando que cabe ao Estado adotar as medidas adequadas e os aportes financeiros necessários para que o novo sistema de solução consensual de conflitos atinja os objetivos propostos, bem como que as novidades trazidas pela lei nº 13.102/15 ainda não foram implantadas pelo TJES, esta magistrada, seguindo a orientação da Comissão de Estudos sobre os Principais Reflexos Normativos, Estruturais e Operacionais do Novo Código de Processo Civil no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo, realizará a flexibilização do procedimento nos termos abaixo.

Verifica-se, portanto, haver entre parcela dos magistrados, certa resistência a submeter os processos à conciliação. As razões para tanto, invocadas nos pronunciamentos anteriores, são de ordem técnica: aumento da morosidade associado à baixa taxa de êxito, desmotivação das partes, custos orçamentários, facilidade do julgamento contencioso, etc. Com a devida vênia, como bem ressalta Delfino (2006), tendo o código sido elaborado sobre uma premissa democrática, é inconcebível o emprego de uma "hermenêutica da má vontade". É preciso tratar com desconfiança argumentos pragmáticos que enveredam pela inconveniência de se cumprir a lei, vez que são potencial fonte de abusos. Sendo a designação de audiência uma norma cogente, deve, em princípio, ser respeitada.

Caminho distinto é aquele tomado por alguns críticos que se posicionam contra a obrigatoriedade da audiência de conciliação e mediação, seja do ponto de vista legal ou ideológico, como se verá adiante. Contudo, o que se observa é que há uma resistência cultural partilhada por litigantes, advogados e membros do judiciário, associada a uma sensação de que a exigência de autocomposição atrapalha o regular andamento do processo. Pondera-se os custos, de tempo e dinheiro, sem considerar que o modelo talvez precise ser reafirmado primeiro para criar raízes mais fortes.

7. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE FOMENTO

7.1. A obrigatoriedade de designação de audiência

Um dos pontos mais polêmicos relativos ao estabelecimento da política de conciliação encontra-se na obrigatoriedade de designação de audiência. A interpretação conservadora, pautada na literalidade do art. 334, §4º do CPC, leva a entender pela necessidade de o magistrado marcar a sessão de conciliação/mediação, ainda que o autor manifeste expressamente seu desejo em sentido contrário. A mesma só não será realizada "se *ambas as partes* [grifo nosso] manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual" ou "quando não se admitir a autocomposição".

A esse respeito, Alexandre Câmara (2015) defende a interpretação da regra à luz de outras normas, permitindo que o desinteresse de qualquer das partes afaste a audiência de conciliação. O argumento se embasa na lei de mediação (13.140/15), editada no mesmo ano, porém posteriormente ao CPC, e dotada de maior especificidade sobre a matéria. O art. 2º enuncia que "ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação". Trata-se da voluntariedade, um princípio caro ao instituto. Assim, entende o professor que a melhor leitura do código deve ser no sentido de que "ambas as partes" se refira a qualquer uma delas.

Em sentido, contrário, no entanto, o enunciado 61 da ENFAM[60] reforça a literalidade do dispositivo:

> Somente a recusa expressa de ambas as partes impedirá a realização da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC/2015, não sendo a manifestação de desinteresse externada por uma das partes justificativa para afastar a multa de que trata o art. 334, § 8º.

Com a devida vênia aos entendimentos contrários, esta última posição parece ser a mais técnica em relação ao pretendido pela lei. Tendo sido o código claro quanto a obrigatoriedade, parece mais honesto interpretar o art. 2º como um dever de não insistir na mediação quando esta não lograr êxito e a parte reafirmar seu desinteresse. Mas haveria, a princípio, uma obrigação mínima, meramente formal, de comparecer a uma sessão e ouvir o que o outro interessado tem a dizer. O art. 18 corrobora com clareza ser

[60] Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

essa a leitura correta ao regular que "iniciada a mediação, *as reuniões posteriores* [grifo nosso] com a presença das partes somente poderão ser marcadas com a sua anuência".

A despeito do argumento técnico, não faltam críticas à escolha do legislador. Argumenta-se a possibilidade de a obrigatoriedade desnaturar a essência do instituto, não cabendo qualquer argumento de seu valor pedagógico (PINHO, 2011). Mesmo ao fugir da jurisdição contenciosa, acabaria sendo reproduzido o caráter paternalista do judiciário ao pretender obrigar uma das partes à audiência de conciliação. De fato, na exposição de motivos do projeto de lei acerca da mediação paraprocessual argumentou-se pela obrigatoriedade da designação como sendo o único caminho para sedimentar a cultura conciliativa (BACELLAR, 2015).

Nesse sentido, Souza (2015, p. 59) faz uma ponderação às críticas:

> A obrigatoriedade de comparecimento à audiência preliminar já vem prevista na legislação processual trabalhista e na legislação dos juizados especiais brasileiras desde a sua criação, sendo certo que o índice de acordos nestas duas searas do Judiciário é enormemente superior ao índice de acordos nos processos cíveis em que o acordo é possível, mas não existe obrigatoriedade da tentativa. Por outro lado, se se deseja implementar a mediação em larga escala, não se pode esperar que uns poucos demandantes de boa vontade se disponham a comparecer para a audiência de mediação e passem a relatar sua boa experiência às pessoas em geral para que então aumentem os índices de comparecimento. Infelizmente, temos uma maioria da população pouquíssimo educada, com limitações no discernimento e conhecimentos necessários para sopesar o custo de um comparecimento a uma audiência com os benefícios de uma possível solução através da mediação. As pessoas costumam raciocinar apenas a curto prazo e concentrar-se no incômodo de ter que comparecer e, ainda por cima, encontrar o adversário com quem já desistiram de dialogar a partir do momento em que decidiram recorrer ao Judiciário.

Particularmente, não entendemos que seja paternalismo o Estado se abrir ao passo que impõe às partes o dever de exercer sua autonomia. Assim como não é o voto obrigatório. Se concordamos com a proposta do esclarecimento kantiano, não há verdadeira antítese entre a liberdade e o dever de se servir de sua própria razão. A cidadania é um ônus. Enquanto tal deve ser exercida ou se abdicar dela. Como eloquentemente colocou Sartre: "o homem está condenado a ser livre". Apenas se recomenda cautela com a nossa cultura autoritária de planejar políticas olhando de cima para baixo, à moda de Pereira Passos e Oswaldo Cruz, sem considerar a dinâmica dos destinatários do serviço. Ademais, é justo distinguir a obrigação de comparecimento à audiência, que pode inclusive se dar por procuração, da de efetivamente conciliar, a qual não se cogita e seria muito mais grave.

Nesse sentido, o art. 8º, §2º do PSL 517/2011, ainda em tramitação, enuncia que "a participação na mediação será sempre facultativa [...]". Contudo, no parágrafo seguinte, distingue a mencionada participação, caracterizada pelo engajamento na dinâmica de negociação, do mero comparecimento a audiência, dando a entender que facultatividade diz respeito a primeira.

Destaque-se que outros países também fizeram a opção pela obrigatoriedade de mediação. A Colômbia possui legislação específica nesse sentido desde 1991. Na Argentina optou-se também pela realização compulsória, com a exclusão de algumas matérias presumidamente inconvenientes por conter interesse público ou social, tais como causas de família, falências, cautelares, inventários, bem como ações que envolvessem o poder público (SOUZA, 2015). O projeto de lei 4.827/98 previa igualmente no Brasil a regra da autocomposição, com exclusões temáticas.

Questiona-se tal lógica que, paradoxalmente, determina a realização do procedimento e ao mesmo tempo proíbe em alguns casos. De fato, como se arguiu na sessão 6.1, a formação consensual não é indicada em toda as situações. Basta pensar, por exemplo, nas causas de família envolvendo violência doméstica. Embora a temática em um primeiro momento pareça atrair a mediação, o interesse social não o recomenda. Já é muito difícil para algumas mulheres, educadas tradicionalmente para preservar o vínculo familiar, conseguir romper com um relacionamento abusivo, para ainda serem desestimuladas pelo judiciário.

Por outro lado, a opção prévia feita pelo legislador do que pode ou não ser negociado engessa e ignora a dinâmica real dos interesses em conflito. Considera-se um equívoco, por exemplo, a interpretação segundo a qual o princípio da indisponibilidade do interesse público consistiria em uma vedação à possibilidade de o Estado conciliar (SOUZA, 2015), e, acertadamente, a atual legislação de mediação admite a autocomposição pelos entes públicos. Ao mesmo tempo, já é uma realidade a celebração de TACs (termos de ajustamento de conduta) em diversas searas de interesse social ou indisponível, como causas ambientais, fazendárias, socioeducativas e até penais, havendo, portanto, a possibilidade de diálogo.

Desta forma, o critério temático mostra-se falho, podendo incluir ou excluir indevidamente ações. Seria possível, ao invés, delegar à discricionariedade do julgador e das partes a avaliação dos casos mais indicados, como era na vigência do código anterior, ou como é geralmente nos EUA, em uma avaliação casuística (SOUZA, 2015).

Mas o sucesso mediante tal liberdade parece depender também de uma maturidade já instalada nesse sentido. Assim, o regramento atual optou, em sentido diverso, por generalizar a aplicação do método, não deixando margem, em tese, para o juiz realizar filtragem das causas que devam ser submetidas a autocomposição.

Cumpre ressaltar que, em princípio, embora a regra seja o comparecimento pessoal, é possível o atendimento da regra por preposto ou advogado constituído com poderes especiais para transigir em nome da parte, afastando inclusive eventual aplicação de multa. Para negociação direta não se vê problema algum. Na conciliação a possibilidade ainda soa viável. Já na mediação, por suas características, é forçoso entender pela incompatibilidade da representação com a técnica.

Independente dos posicionamentos em um sentido ou outro, a obrigatoriedade foi adotada pelo legislador como um instrumento de fomento do modelo cooperativo. Talvez cheguemos ao momento em que, já imbuídos da cultura conciliativa, tenhamos de reconhecer não se sustentar mais o argumento do propósito educacional. Por ora, permanece como uma estratégia controversa para estimular as partes ao diálogo. Seja de um modo ou de outro, parece-nos a verdadeira importância ser a autocomposição eficaz. Esta gera custos, então deve apresentar resultados. Com base nos dados observados no capítulo anterior a obrigatoriedade por si só não aparenta ainda estar sendo uma estratégia eficiente.

7.2. A multa por não-comparecimento

Instrumento diretamente ligado ao anterior é a previsão da aplicação de uma multa calculada em 2% sobre o benefício econômico pretendido ou valor da causa, por ato atentatório à dignidade da justiça, revertida em favor do erário, em caso de não comparecimento injustificado à audiência (art. 334, §8º do CPC). O instituto sofre, por derivação, das mesmas críticas a que estava sujeito o anterior.

Caso se interprete ser a designação da sessão de mediação uma obrigatoriedade, a lei pune como atentado à justiça a ausência mesmo daquele que expressamente afirmou não ter interesse em autocompor. Se concordamos com os doutrinadores defensores da flexibilização da regra, soa mais razoável punir quem manifestou o desejo de conciliar, atrasando o andamento processual, mas faltou à audiência. Critica-se ainda,

olhando pelo caminho oposto, ser o valor frequentemente irrisório (PINHO, 2015). Deste modo, se pequeno o valor, é ineficaz, se maior, é coercitivo.

Instituto semelhante é adotado em países vizinhos os quais optaram pelo modelo obrigatório, variando a base de cálculo. Na Argentina a multa é aplicada o equivalente ao dobro dos honorários do mediador. Na Colômbia aparentemente adota-se postura ainda mais incisiva, pois a pena chega a 10 salários mínimos e pode ser aplicada tanto por ausência injustificada quanto por recusa em discutir as propostas formuladas. O projeto de lei 4.827/98, anteriormente citado, embora previsse comparecimento compulsório não impunha nenhuma sanção (SOUZA, 2015).

A referida sanção cumpre seu papel de impor o comparecimento formal a audiência de conciliação, mas não pode obrigar além disso. Parece radical a hipótese de sancionar quem tenha comparecido e se recuse a debater. De toda forma, novamente incorre-se na limitação segundo a qual a realização protocolar da audiência, sem algo mais a estimular seu interesse, não é o bastante. Sujeita-se ainda o risco de burocratizar o procedimento, incidindo em uma espécie de conciliação de massa, sustentada por advogados audiencistas descompromissados e conciliadores trabalhando em série para cumprir metas.

7.3. A obrigatoriedade de assistência por advogado

A lei de mediação (13.140/2015) é clara ao dispor em seu art. 10 que para a mediação extrajudicial a assistência por advogado ou defensor público é facultativa. Contudo, consoante o parágrafo único, se uma das partes estiver representada, as demais também deverão constituir defesa técnica, haja vista o princípio da isonomia entre as partes (art. 2º, §2º). Soa razoável a norma considerando o procedimento se desenrolar fora do processo. Sendo a participação de procuradores opcional para a celebração de contratos de um modo geral, bem como em processos administrativos, não faria sentido a indispensabilidade. Já no caso de mediação judicial, o legislador optou no art. 26 por exigir a presença de patronos, ficando ressalvados os juizados especiais cíveis e fazendários.

Comparativamente, na Argentina a assistência técnica destes profissionais também é exigida. Mas na Colômbia a mesma é dispensada. No projeto de lei anterior, 4.827/98, adotou-se posição ambígua, fazendo recomendação à constituição de

advogado nos casos os quais sua presença fosse indispensável, sem dizer que casos seriam esses. O projeto posterior, PLS 517/2011, por sua vez, propunha a facultatividade, porém não foi o que prevaleceu (SOUZA, 2015).

Este ponto de discussão é relevante pois, se por um lado um causídico habilitado é um facilitador para o diálogo, a sua exigência pode ser um dificultador para as partes, a despeito da existência da Defensoria Pública, que também tem suas limitações de tempo e recursos.

Questão particularmente interessante diz respeito a homologação judicial de uma transação extrajudicial. Há quem defenda que os procedimentos de jurisdição voluntária – a homologação dentre eles – deveria dispensar defesa técnica, visto que, em princípio, não há lide. No art. 986 do CPC de Portugal, esse foi o caminho adotado, segundo o qual "nos processos de jurisdição voluntária não é obrigatória a constituição de advogado, salvo na fase de recurso", regra idêntica à já existente no código anterior. Essa flexibilização desburocratizaria o acesso à justiça conciliativa, oferecendo maior entrada ao cidadão. Contudo, não é, em regra, o entendimento adotado no Brasil. Acaba sendo desestimulante o fato de o patrono ser facultativo na autocomposição extrajudicial, mas para homologação tornar-se obrigatório. Decerto nada impede a validade do acordo privado, mas a possibilidade de ser celebrado pela própria parte e submetido ao judiciário para ratificação conferiria maior segurança e prestigiaria o procedimento extrajudicial.

No entanto, deve-se ter em mente que a maioria dos processos nasce contencioso e só posteriormente é resolvido por uma transação. Cabe aqui lembrar o argumento da sessão 2.5 para o qual, ao menos nesses casos senão em todos os voluntários, tem-se o regular exercício de jurisdição. Houve lide expressa, processo e formação de coisa julgada. Ora, é a regra geral que para atuar em juízo é necessária a capacidade postulatória de um patrono. Se para iniciar a ação, ou contestá-la, é preciso defesa técnica, como se poderia admitir a homologação incidental à revelia do advogado?

Seria cabível discutir se o necessário é realmente a presença do causídico na sessão, assinando o termo de acordo, ou se basta existir tal profissional habilitado nos autos apto a orientar a parte e ratificar estar o acordado em conformidade com o interesse jurídico da mesma. Conquanto o art. 26 da lei de mediação exija a presença física do defensor na audiência em juízo, fora do juízo não há tal necessidade, motivo pelo qual é preciso reconhecer que o litigante pode recorrer ao advogado ou à Defensoria Pública apenas para ratificação formal dentro do processo contencioso.

Na prática, contudo, há jurisprudência divergente. O que acontece por vezes é o autor ajuizar a ação para pressionar o réu a se mover e então resolver o conflito por negociação direta, aproveitando a lide em curso para requerer o manto da coisa julgada. Ocorre que o demandado sequer compareceu ao processo, estando desassistido. Não houve de sua parte contraditório, ficto que seja, apto a elevar a segurança do acordo a imutabilidade pretendida. Ele pode estar sujeito a quaisquer dos vícios de consentimento. Diversos julgados[61], no entanto, optam por dispensar o advogado na homologação judicial argumentando-se pela inconveniência de exigir a constituição de um patrono para uma das partes se o acordo já foi obtido. Destaca-se como exemplo o Resp 1.135.955/SP, de relatoria do ministro Teori Zavascki:

> Celebrado o acordo, assiste a qualquer das partes interessadas a faculdade de requerer a sua homologação judicial, independentemente da concordância da outra parte ou de seu advogado. Exigir que os advogados de ambas as partes requeiram e concordem com essa homologação, é o mesmo que exigir que concordem com a própria transação. Se a lei dispensa a presença do advogado para o mais (que é a própria transação, com todos os efeitos dela decorrentes no âmbito da relação de direito material), não faz sentido algum exigi-la para o menos (que é o requerimento de homologação do ato, no âmbito da relação processual).

Data vênia, se não há mais interesse em prosseguir com a ação, tem-se o instituto da desistência. O acordo conservará seu caráter privado e válido, como de fato é. Não há como haver coisa julgada sem um contraditório mínimo.

De toda sorte, a relativa dispensa da necessidade de assistência técnica é uma forma de facilitar o acesso à justiça conciliativa. Há, contudo, que se ter a preocupação em não precarizar a justeza dos acordos para obter uma solução formal. Por esse motivo, entendemos pela imprescindibilidade do advogado ao menos na autocomposição incidental no processo, sendo desejável, a depender da circunstância, nos demais casos.

7.4. Dispensa de custas remanescentes

O instrumento do art. 90, § 3º, dispõe que "se a transação ocorrer antes da sentença, as partes ficam dispensadas do pagamento das custas processuais

[61] 0344079-61.2015.8.19.0001; 0161974-87.2013.8.19.0001; 0004215-68.2013.8.19.0063; 0020356-57.2018.8.19.0203.

remanescentes, se houver". No mesmo sentido o art. 29 da lei de mediação informa: "solucionado o conflito pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais".

Tal estratégia parece mais funcional uma vez que oferece um estímulo material à autocomposição, gerando a expectativa de as partes economizarem em suas despesas. Eventual perda de receita pelo tribunal é compensada igualmente pela economia de encerrar o processo com antecipação.

Entretanto, tal qual os institutos anteriores, este também não está isento de polêmicas. Existe entendimento no sentido da inconstitucionalidade da aplicação do referido dispositivo à justiça estadual, o que motivou o incidente de nº 0041017-84.2018.8.19.0000 no TJRJ, bem como o Enunciado nº 43-A da Corregedoria do mesmo tribunal. Este dispõe que:

> Não é aplicável à Justiça do Estado do Rio de Janeiro o disposto no art. 90, § 3º, do CPC/2015 (que informa a respeito de dispensa de custas processuais remanescentes no caso de transação/acordo antes da sentença), haja vista que é vedado, constitucionalmente, à União Federal conferir isenção de tributo da competência legislativa dos Estados, conforme artigo 151, III, da CRFB.

Assim, o CPC, enquanto lei federal, não poderia ter previsto uma hipótese de isenção tributária aplicável aos Estados[62].

Contudo, na arguição de inconstitucionalidade supracitada, acabou sendo acolhido, por maioria de votos, o parecer da procuradoria de justiça pela rejeição do pedido. O acórdão ponderou pela competência constitucional da União para legislar sobre direito processual, sendo nesse contexto específico lícito à lei federal dispensar as custas devidas a outros entes.

Até o momento o dispositivo presume-se constitucional, mas não está de todo afastada a possibilidade de futuras divergências, sobretudo nos demais estados da federação. Além disso, o instrumento guarda limitações uma vez que as custas remanescentes não costumam somar valores tão elevados.

7.5. Redução de honorários pela metade

[62] A ADI 1444 de relatoria do ministro Sidnei Sanches já havia reconhecido tratarem-se as custas judiciais de tributo.

O art. 90, §4º do CPC oferece um incentivo no sentido de que "se o réu reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente, cumprir integralmente a prestação reconhecida, os honorários serão reduzidos pela metade". Embora não haja aqui nenhuma referência à transação, esta é análoga. O reconhecimento do pedido é um ato volitivo de submissão, no qual a pacificação ocorre de forma autônoma. Não deixa de ser um possível resultado positivo da autocomposição.

Apesar de útil, trata-se de um instrumento de aplicabilidade relativamente reduzida no contexto de conciliações, pois tem por requisito o reconhecimento expresso do pedido cumulado com o seu pagamento integral, situação menos comum. É interessante, contudo, considerar a hipótese de expansão da regra para os casos nos quais uma transação é formalizada. Sem dúvida, reduzir os honorários advocatícios poderia estimular as partes, mas desestimularia os patronos a se empenharem na obtenção do acordo. Ademais, a titularidade do direito em disputa é do autor ou do réu, não podendo a verba alimentar do advogado responder pela recusa do cliente em cooperar. Em sentido diverso, porém, talvez fosse cabível um acréscimo no percentual de honorários de sucumbência devidos pela parte derrotada no contencioso e que tenha, cumulativamente, se recusado a debater a proposta. Acréscimo esse que não seria devido no caso de o acordo ser obtido.

7.6. Suspensão do prazo prescricional

Outro cuidado adotado pela lei de mediação nos arts. 16 e 17 foi a possibilidade de requerer a suspensão do processo e, consequentemente, o prazo prescricional durante o curso do procedimento, por decisão irrecorrível. Embora o dispositivo não tenha maiores pretensões, foi útil a preocupação do legislador em criar a possibilidade de parar o processo para que o diálogo possa ser amadurecido em sessões subsequentes com calma, reduzindo a pressa dos participantes. Do contrário, o processo poderia avançar nas etapas seguintes, com apresentação de contestação, réplica e instrução probatória, aumentando o espírito de litigância entre as partes. Estas, assistindo à evolução do contencioso, podem ver diminuído o interesse por uma solução consensual. Em contrapartida, o dispositivo é limitado pelo prazo máximo de sessenta dias para conclusão do procedimento, salvo requerimento em sentido contrário (art. 28).

7.7. Eficácia executiva do título

O art. 784, IV do CPC conferiu força executiva ao "instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal". A medida confere maior segurança aos interessados ao poderem cobrar judicialmente o cumprimento dos termos do acordo sem ter de atravessar a etapa de conhecimento, valorizando a autocomposição extrajudicial. Contudo, o dispositivo poderia ter mais ousado e, ao menos para os conciliadores e mediadores, que são terceiros imparciais, ter-lhes conferido a possibilidade de formular títulos executivos judiciais por delegação. Argumenta Souza (2015) ter a lei concedido a sentença arbitral tal prerrogativa, embora esta obviamente não se origine de um provimento judicial, mas de procedimento privado.

A discussão não é meramente conceitual. Embora ambos os títulos possuam eficácia executiva e seus procedimentos sejam mais ou menos análogos, apenas os judiciais são dotados da definitividade característica da formação de coisa julgada. Nos demais casos, tem-se a mesma segurança de qualquer contrato assinado por duas testemunhas, isto é, fica-se mais sujeito a impugnações.

Em sentido distinto, a proposta do PLS 517/2011 determinava que os acordos extrajudiciais incidentais no processo deveriam sempre ser homologados pelo juiz. E nos demais casos, poderiam ainda ter a mesma eficácia por equiparação, conforme dispunha em seu art. 21:

> O termo do acordo obtido em mediação extrajudicial prévia equipara-se a título executivo judicial desde que o mediador que assina o termo de acordo seja reconhecido por instituição idônea, que atenda aos requisitos do Conselho Nacional de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado em que exerça a mediação extrajudicial.

Souza (2015) comenta que o PLS 405/2013 sugeria a homologação ser necessária caso o acordo versasse sobre direitos indisponíveis. Nos demais casos, seria opcional, mantida a diferença de eficácia entre os títulos. Foi nesse sentido que regulamentou a atual lei 13.140/2015. O acordo só terá definitividade se homologado, e

nos casos de indisponibilidade do direito em litígio, torna-se obrigatório, assim como a oitiva do Ministério Público (art. 3º, §2º).

Possivelmente o motivo para se ter concedido maior segurança a sentença arbitral do que a autocomposição extrajudicial é o fato de esta não se desenvolver em um espaço de contraditório adversarial. Não há um regramento específico quanto ao procedimento adotado, havendo receio de que os acordos possam ser injustos. Mas com a maior institucionalização dos métodos, e a própria abertura do judiciário a uma cultura dialógica, talvez seja possível defender a inclusão do dispositivo no rol dos títulos reconhecidos judicialmente.

7.8. Recorribilidade das decisões relativas à conciliação

A controvérsia cinge-se sobre a possibilidade de recorrer de uma decisão interlocutória denegatória da homologação de acordo. Já ocorre que caso o juiz despache no sentido de dispensar a sessão de conciliação e mediação não é cabível nenhum tipo de recurso, por não constar no rol taxativo do art. 1.015 do CPC. Em parte talvez porque o próprio legislador pode não ter concebido a hipótese de o juiz dispensar uma audiência que não é dispensável. Mas uma vez realizado o procedimento e obtido o acordo, é possível se insurgir contra a recusa do juiz em homologá-lo?

O art. 29 da lei de mediação responde afirmando que "a decisão de não homologação é irrecorrível. Contudo, a matéria não preclui e pode ser suscitada por ocasião de recurso". Assim, pela lei, caso o juiz se recuse a aceitar o acordo, é necessário atravessar todo o processo contencioso, ser proferida uma sentença que traduza a verdade do julgador, para então interpor um recurso de apelação reiterando a observação do pactuado. Além de todo o retrabalho e custo desnecessário, neste momento a transação já terá se tornado infrutífera, pois conforme observado na sessão 6.2, as conciliações em grau recursal não chegam a 1%. Se já há uma sentença favorável a uma das partes, e o tempo de tramitação em 2ª instância é consideravelmente menor, talvez não haja mais o interesse em manter o acordado anteriormente.

Contra essa posição, apesar de lei de mediação ter vedado expressamente, parece mais sensata a interpretação segundo a qual a denegação de homologação de acordo se encaixaria na hipótese do art. 1.015, II do CPC (decisão relativa ao mérito do processo).

Por esse entendimento seria possível rever imediatamente a recusa judicial em aceitar o acordo, por meio de agravo de instrumento, prestigiando a autonomia das partes.

7.9. Outras sugestões

Observa-se que os instrumentos existentes estão envolvidos em maior ou menor grau em polêmicas. Esses aspectos mal resolvidos acabam sendo fontes de retrabalho, devido a impasses quanto ao procedimento, não havendo por vezes uma expectativa clara quanto a regra. Muitos insistem, por exemplo, em pedir homologação de acordo sem assistência de advogado, outros insistem em tirar a audiência de pauta quando apenas uma das partes não a deseja, outros ainda pedem a dispensa de custas remanescentes, o que ora é deferido ora não.

Conquanto seja compreensível certa divergência acerca de tais mudanças recentes, a serem consolidadas com o tempo, é importante o esforço e o debate no sentido de conferir clareza e uniformidade ao tratamento dos institutos, sob pena de terem prejudicadas as suas utilidades. Além disso, permanece o anseio por regras mais eficazes para estimular as partes ao diálogo, sem abrir mão da voluntariedade que é essência do projeto.

Os autores que se ocupam do debate vêm tecendo algumas sugestões capazes de incrementar a aplicação do instituto. Pinho (2010), embora seja contra a obrigatoriedade da mediação, entende que deveria ser exigido do demandante a comprovação de que o mesmo tentou resolver o problema extrajudicialmente antes de ajuizar a ação. Não se fala aqui em um procedimento formal, mas de qualquer tentativa que demonstre não ter sido o processo a primeira opção do interessado. Seriam suficientes os protocolos de ligação para um “call center”, uma reunião com advogados, conversas por e-mail, ou outro meio de tratativa o qual demonstrasse a boa-fé do autor em colaborar pré-processualmente. Tal exigência atuaria como uma condição da ação (ou pressuposto processual), integrante do interesse jurídico de agir. Não demonstrado este, o processo haveria de ser extinto sem análise do mérito.

Pinho e Alves (2015, p. 64) entendem igualmente que o mediador poderia indicar “ao juiz a falta de colaboração de uma das partes, para, sendo o caso, premiar a parte que colaborou (caso ela seja perdedora, receber uma menor condenação em honorários de sucumbência).

Souza (2015, p.67) sugere inclusive que “havendo uma mediação em curso, fosse tentada em primeiro lugar a composição amigável também no que concerne a medidas de urgência”. No art. 16, §2º da lei 13.140/15 é dito apenas que a suspensão do processo por ocasião da mediação não obsta do conhecimento de medidas de urgência pelo juiz ou árbitro. Deste modo, mesmo já com a negociação em curso, as tutelas provisórias acabam sendo requeridas diretamente ao magistrado.

Souza (2015) defende ainda a importância de os acordos conterem um resumo da fundamentação fática e jurídica a ensejá-los, sobretudo aqueles celebrados junto a administração pública, a fim de dar segurança jurídica às autoridades e permitir a avaliação do ato administrativo. Concorda-se que a fundamentação é um requisito de publicidade e confere parâmetros para que seja apreciada a legalidade do acordo à ocasião da homologação judicial. Seria útil também um maior detalhamento das transações, ou a previsão legal de um conteúdo mínimo a ser observado, prevendo prazos de cumprimento, sanções pela inadimplência, faculdade de fiscalização, etc.

Sendo assim, diversas são as ideias no sentido de inclinar o interesse das partes no caminho da autocomposição, bem como promover a qualidade das soluções por ela elaboradas. É um verdadeiro desafio de engenharia jurídica construir as bases para um novo modelo de procedimento que terá de interagir o tempo todo com interesses e emoções de atores sociais. A mudança cultural parece ser o ponto central da transformação. Mas ainda faltam mecanismos capazes de impulsionar objetivamente o interesse dos litigantes no sentido de tornar os benefícios da conciliação mais concretos aos seus olhos.

8. Um olhar através da Teoria dos Jogos

Visando a elaborar uma nova sugestão de instrumento jurídico de fomento, propõe-se, primeiramente, a compreensão da dinâmica da conciliação de uma perspectiva sociológica, pela reconstrução da posição e dos interesses dos atores envolvidos, de modo a entender como estes realizam as suas escolhas.

A referida teoria "consiste fundamentalmente na definição de um modelo de comportamento 'racional', de modo a permitir a maximização da utilidade frente a um conflito de interesses" (MOLINARI, p. 1238). Nascida no campo da economia, a proposta pretendeu substituir as hipóteses excessivamente abstratas das teorias tradicionais por uma análise mais realista, que contemplasse a interação dos fenômenos sociais, tendo sido posteriormente importada pelos mais diversos ramos das ciências humanas.

A teoria dos jogos objetiva, portanto, descrever o comportamento racional de atores em um contexto de interação em que o seu êxito depende da ação adotada por outro ator, sobre o qual não se tem controle. Há, portanto, um conflito de expectativas, o qual torna necessário ocupar o lugar de seu opositor e especular acerca da postura deste antes de formular a sua própria, à medida que o resultado da interação é variável.

Tal abordagem tem por pressuposto a racionalidade dos agentes, isto é, o desejo de cada um de maximizar os seus lucros e minimizar os seus prejuízos. Isso não quer dizer que a dimensão psicológica ou emocional seja ignorada, ou refute a validade da teoria. É sabido que qualquer tentativa de enquadrar o comportamento humano em fórmulas, sobretudo as sujeitas à descrição matemática, é sempre uma simplificação das motivações envolvidas. Nem mesmo os atores econômicos no mercado seguem absolutamente a ação racional instrumental weberiana. Inclusive, por tudo que foi discutido na sessão 5.2, não se poderia desejar esta forma de intercâmbio. O modelo democrático e cooperativo pauta-se pela racionalidade comunicativa, orientada pelo diálogo. De toda forma, o motor do autointeresse ainda é a essência do jogo, de modo que a apropriação pela teoria é válida, guardada as proporções de que ela representa tendências e probabilidades lógicas, aplicáveis sobretudos a grandes populações, quando as idiossincrasias individuais tendem a desaparecer dentro da figura mais ampla.

Por esse motivo, sustenta-se que a abordagem através da teoria dos jogos é mais adequada especificamente a compreensão do comportamento na técnica de conciliação. Tem-se maiores reservas à aplicação dessa lógica à mediação, ou mesmo à negociação,

pois a primeira, como já foi dito, trabalha o conflito subjacente, em suas causas subjetivas, enquanto a segunda dispensa a presença de um auxiliar neutro a intermediar o diálogo de modo a promover a comunicação racional. Embora para essas também seja possível, supomos que a conciliação se preste melhor a uma apreensão por um modelo de dedução lógica, pela maior clareza e objetividade presumida nesses conflitos, ficando mitigada as distorções oriundas da irracionalidade concreta dos agentes.

Emoções e ideologias tendem as pessoas a uma noção do que é "justo" que nada tem a ver com a distribuição juridicamente equitativa do resultado. Pode um interessado achar que o outro não merece determinado benefício, ou que sua proporção deveria ser maior do que as circunstâncias permitem. Tais considerações, embora inevitáveis no campo moral, pecam pela falta de objetividade e sujeitam os jogadores a riscos e prejuízos mais elevados, que não são do seu real interesse.

Se aplicado ao contexto da autocomposição, o papel do conciliador seria, nestes termos, o de assegurar a racionalidade do jogo comunicativo, explicando suas regras. Deve-se trabalhar no sentido de fazer os interessados compreenderem quais são as variáveis em atuação que tipicamente afetam os resultados judiciais, esclarecendo os custos e riscos envolvidos. Seria recomendável ainda tonar claro que na conciliação não se busca a verdade real de quem tem razão, de modo a afastar o anseio moral dos envolvidos. Fazer qualquer tipo de concessão não implica uma derrota ou admissão de culpa. É antes uma escolha estratégica para administrar um possível prejuízo. Cada qual pode ainda pretender ter a Razão, acreditando que os deuses estão ao seu lado, pois a conciliação se presta apenas a resolver a verdade dos homens, que é contingencial e inventada. Se o interessado conscientemente entender pela maior conveniência do procedimento contencioso, ou mesmo se recusar a um olhar racional, este é o seu direito, e o trabalho do conciliador está encerrado.

Passada à forma contenciosa do processo, em que a vantagem de um implica o prejuízo do outro – ao menos em linhas gerais – adota-se outra forma de competição, correspondente ao modelo fundamental do jogo de soma zero, do tipo ganha-perde. É bem verdade que tal lógica aplica-se melhor ao modelo tipicamente adversarial. Para o modelo cooperativo mais amplo defendido ao longo deste trabalho deve permanecer alguma noção de ganhos mútuos entre as partes, a viabilizar a existência do interesse de colaboração, nem que seja fundamentado na mera vantagem de reduzir despesas processuais, tempo de tramitação e desgaste emocional, variáveis aplicáveis a ambos os litigantes.

Mas se os participantes se dispõem ao diálogo, tem-se uma configuração mais interessante em que é mais provável um resultado com benefícios comuns, do tipo ganha-ganha. Nesse contexto, mesmo em situações de conflito patrimonial puro nas quais o crédito de uma parte implica o débito pela outra, é possível falar em uma margem de equilíbrio vantajosa a ambas, tomando por pano de fundo a alternativa de uma sentença contenciosa relativamente imprevisível.

Para se compreender melhor a ideia de racionalidade relacional que aqui se sustenta, pode-se elaborar um dilema hipotético aplicado a teoria dos jogos. Imagine-se um jogo de cartas semelhante ao *poker*. Dois jogadores disputam um montante em dinheiro. A vitória depende de uma combinação de cartas em suas mãos a qual o outro não pode ver. Cada um tem uma noção do quão favorável a situação é para si, mas não tem como ter certeza se o outro possui cartas melhores. Alternativamente à aposta, os jogadores podem fazer um acordo e dividir o prêmio em quaisquer proporções que considerarem justo. Qual é a escolha mais vantajosa? Raciocinando isoladamente, buscando maximizar seu benefício sem compreender as regras, ou por pura fé, a atitude mais lógica seria apostar na chance de obter o prêmio total para si. Entretanto, considerando o risco da operação, tem-se a possibilidade de perder tudo. Uma outra forma de raciocínio é a que leva ambos a se conformarem com um valor inferior ao máximo, porém seguro. Equacionando o benefício e a probabilidade de prejuízo, pode-se fazer uma estimativa de qual é o "preço" do risco que se está assumindo ao apostar. Isso só é possível pois há um elemento de aleatoriedade a tornar o resultado relativamente imprevisível. Se os jogadores pudessem ver as cartas um do outro, o acordo seria impossível: quem fosse vencer não teria porque concordar com um benefício menor. Assim, a *alea* é um requisito fundamental ao ânimo de cooperar.

Além disso, o ponto de equilíbrio em que se dará o acordo é variável conforme a expectativa subjetiva feita por cada um dos jogadores. Aquele que considerar em posição muito favorável exigirá para si um valor mais próximo do máximo. Já o que se considerar em pior circunstância, deverá estar disposto a receber menos, reduzindo seu prejuízo, pois se tiver de apostar, provavelmente perderá tudo. Percebe-se que ganhar pouco não significa que o acordo tenha sido desvantajoso. Mas caso as partes optem por colaborar nunca saberão qual teria sido o resultado nem terão certeza se poderiam ter conseguido um pouco mais. Independente dos blefes, se os dois julgarem estar em condições favoráveis, a probabilidade de realizarem um acordo é menor. Se um deles se considerar em desvantagem e o outro não, tem-se boas chances de um consenso. Já se

ambos estiverem inseguros quanto ao seu êxito, tem-se o cenário ótimo para a ocorrência de um acordo.

A conciliação passa por uma lógica parecida com a do jogo relatado acima, com as devidas alterações. Pensando em um litígio de natureza patrimonial, temos um valor máximo pretendido pela parte autora e a resistência do réu, que espera se possível não ter de pagar nada. A priori, nenhum dos dois tem o interesse de ceder. Então por que isso ocorreria? Primeiramente, deve-se perceber que a movimentação pela conciliação só ocorre porque por detrás há a pressão exercida pela espada do Estado, tal qual enunciado por Hobbes[63] (2003). As partes só concordam em fazê-lo porque do contrário será feito do mesmo jeito por um terceiro.

E tal qual no jogo de *poker*, a aposta no resultado contencioso sujeita-se um elemento de *alea*. Por mais que se esteja convencido do seu direito, a verdade que emana do processo é sempre a resultante de um equilíbrio procedimental de forças. Pode-se falar o quanto quiser em busca da verdade real. Em última instância a decisão jurídica será sempre a verdade dos autos. A solução para uma lide não é unívoca, e dificilmente um advogado promete ao seu cliente tratar-se de "causa ganha". Isso porque em um jogo, no qual a conclusão depende do comportamento adotado por outras pessoas, o desfecho é sempre variável. Tal não se limita ao processo de conhecimento. Se fosse possível ter certeza da cognição, de não haver erro judicial, de não surgir uma prova inesperada, mudança de jurisprudência ou má-fé da parte adversa, ainda assim haveria o risco de não se conseguir executar a dívida, por insolvência do devedor ou qualquer outro motivo. Assim, litigar é sempre fazer uma aposta. E o risco tem um custo, de difícil mensuração, mas ainda assim real, que precisa ser considerado em sua ponderação. Fazendo-se um cálculo de custo-benefício, onde o custo corresponde à suposta chance de perder, pode-se concluir pela aceitação de um valor menor como uma escolha mais racional do que a persecução do benefício máximo.

Ainda que se diga que as partes não avaliam as propostas como se fossem computadores, em alguma medida esse raciocínio está implícito em seus pensamentos. Ponderar uma oferta com racionalidade implica colocar na balança as possibilidades de ganho e os riscos de perda do possível negócio. Para tanto, é necessário haver alguma segurança jurídica no sentido de os interessados, devidamente orientados por seus advogados, poderem apreciar suas chances de êxito e eventuais prejuízos, decidindo o

[63] Vide nota 9.

que é melhor para eles. Por outro lado, se não houver alguma imprevisibilidade tampouco haverá interesse na formação de consensos.

Mas não apenas a imprevisibilidade afeta a ponderação. Outra variável importante é o alto tempo de tramitação a que o processo pode chegar. Como observado no capítulo 3, a morosidade processual pode variar muito, chegando a vários anos. Considerando o interesse em dispor tão logo possível do benefício, o tempo de espera também é traduzível em um custo, mas que afeta diferentemente autor e réu. Um desenvolvimento ágil tende a ser mais benéfico ao pretenso credor. Tendo uma expectativa de obter rapidamente o seu direito, terá um ímpeto menor em fazer algum tipo de concessão, não aceitando ofertas ou somente se estas forem muito elevadas. Já para o suposto devedor, a morosidade em geral trabalha a seu favor. Este não precisa ter pressa em satisfazer um débito que só será forçado daqui a muitos anos. Um maior tempo opera em seu favor, à medida que pode usá-lo para cansar o adversário, forçando o equilíbrio do acordo para baixo.

Apenas para dar um exemplo concreto da lógica descrita acima, pode-se pensar nas muitíssimas ações que tramitam hoje sobre os expurgos inflacionários relativos aos planos Bresser, Verão e Collor 2. A lide versa sobre um alegado enriquecimento sem causa por parte dos bancos ocorrido há mais de trinta anos, que levou economias familiares à bancarrota. Situação até hoje sem solução pelos tribunais.

Não é necessário discutir o maléfico peso do poder político e econômico desses atores financeiros a ser capaz de paralisar os processos por décadas. O que nos importa agora é a variável tempo de tramitação. Sabemos que muitos credores já faleceram e outros tantos já perderam as esperanças de ver alguma justiça em vida. Nesse contexto, com a chancela do Supremo Tribunal Federal, todos os processos foram recentemente suspensos, compulsoriamente, pelo prazo de 24 meses, para que os poupadores manifestem interesse em aderir a um acordo coletivo. A “negociação” é feita de forma unilateral, por meio de uma plataforma virtual, como uma espécie de “acordo de adesão”. Os bancos formulam todos os termos do que querem pagar, a forma como será feito, parcelamento, etc. Aos autores, que sequer puderam opinar sobre a suspensão do processo, restam duas opções: aceitar ou não. Notavelmente as propostas têm sido de valores irrisórios. Mas por quê?

Os réus, neste exemplo, possuem amplos poderes para pressionar os valores de transação para baixo, em proporções claramente desvantajosas para os autores. Quem não concordar com a oferta, pode optar por aguardar indefinidamente por um resultado

incerto e sem a menor expectativa de quando possa ocorrer. O efeito de elevar a variável tempo de tramitação a proporções estratosféricas é que o réu tem um interesse mínimo em conciliar, enquanto o autor tem um interesse máximo, de modo que ou o acerto não acontece ou é fixado em patamares muito reduzidos. De fato, a experiência prática tem mostrado que mesmo ante a influência abusiva do poder econômico, muitos poupadores não estão aceitando as propostas.

Outra observação, já feita anteriormente, a corroborar com o argumento aqui desenhado é a quase inexistência de acordos em segunda instância. Em grau recursal o tempo de duração do processo é reduzido e a imprevisibilidade da decisão cai significativamente uma vez que já há sentença, diminuindo o interesse das partes em elaborar acordos.

Uma terceira variável a afetar a convergência de interesses são as despesas processuais. Estas condensam os gastos de custas, honorários advocatícios e periciais, multas, diárias de testemunhas, etc. Em suma, todos os prejuízos que podem advir de eventual sucumbência e que podem ser evitados ou reduzidos caso se obtenha um acordo. Podemos entender que é o único critério que opera positivamente no sentido da realização da transação tanto para o autor quanto para o réu. Explica-se: um maior risco de improcedência motiva o autor a negociar, mas ao mesmo tempo desmotiva o réu, que está em vantagem. Um maior tempo de tramitação também incrementa a vontade do autor na conciliação, mas diminui a do réu. Somente as despesas processuais, que são ruins para ambas as partes, atuam na convergência de interesses. É atuando neste fator que localizamos os instrumentos mencionados nas sessões 7.4 e 7.5, relativos a dispensa de custas remanescentes e redução de honorários. Contudo, a técnica é limitada. O litigante detentor de benefício de gratuidade de justiça e assistência judiciária gratuita (Defensoria Pública), por exemplo, está pouco sujeito a sua influência.

Nesse sentido, podemos tentar sugerir uma expressão que sintetize a probabilidade de obtenção de acordo em um contexto de disputa patrimonial orientada pela racionalidade comunicativa. Identificamos aqui três variáveis principais possíveis de serem traduzidas em *custos de não-transação*: risco, tempo e despesas. Acerca da segunda, vimos que sua atuação é ambígua, pois seu aumento favorece o interesse do autor em conciliar, enquanto a diminuição favorece o do réu. Em ambos os sentidos, uma variação demasiada implica um equilíbrio desfavorável, o que resulta na não realização do acordo ou na realização de um desvantajoso.

Podemos ensaiar então as seguintes fórmulas para obtenção do acordo:

Interesse do autor em conciliar => pretensão autoral - custos de não-transação ≤ oferta

Interesse do réu em conciliar => pretensão autoral - custos de não-transação ≥ oferta

Expresso de outra forma, tem-se:

Para o autor

$$\frac{P - R - T - D_A + E_A}{O} \leq 1 \quad \text{Interesse no acordo}$$

Para o réu

$$\frac{P - R - T + D_R - E_R}{O} \geq 1 \quad \text{Interesse no acordo}$$

P = Pretensão de condenação
R = Risco de improcedência
T = Tempo de tramitação

D_A = Despesas do Autor
D_R = Despesas do Réu
O = Oferta de acordo

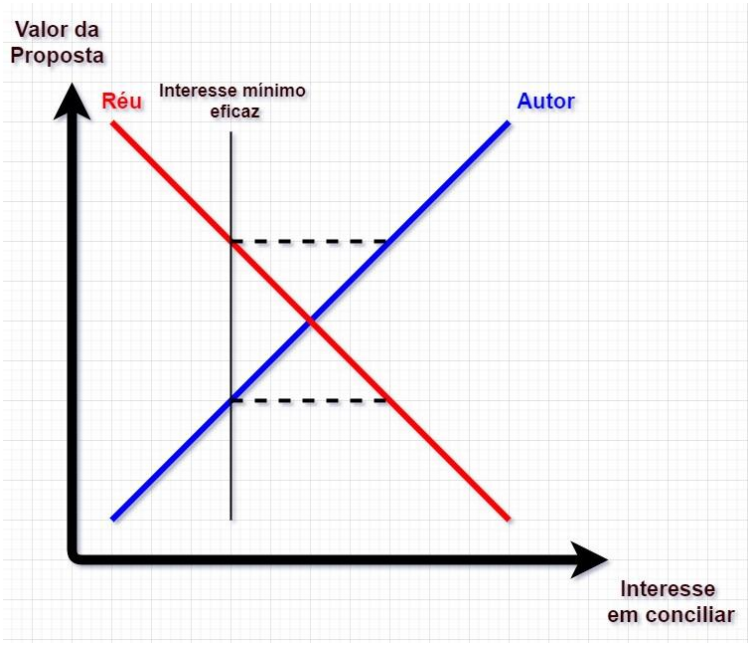
E_A = Esperança do autor
E_R = Esperança do réu

Em outras palavras, o autor busca uma oferta que, em sua avaliação, seja maior do que o benefício pretendido conjugado com seus custos. Já o réu, pretende fazer uma oferta menor que esse resultado. Mas se as partes ambicionam em sentidos opostos, onde está a possibilidade de acordo? Explica-se que há uma janela em que a autocomposição é possível a partir de dois fatores: as despesas e a esperança de ambas as partes. O primeiro foi discutido acima. O segundo elemento (E_A e E_R) foi incluído para representar a avaliação subjetiva que os interessados fazem das demais variáveis, acreditando serem estas mais favoráveis. Embora o tempo e o risco afetem os personagens em sentidos opostos, eles são valorados diferentemente por cada um destes. Um dos litigantes pode ter uma tolerância maior ao risco por ter boa capacidade de arcar com a sucumbência. Uma mesma medida de tempo pode ser rápida para um e lenta para outro, que tem maior pressa em receber. Dentro dessa zona cinzenta a qual varia de acordo com a expectativa dos participantes é possível as partes concordarem em um valor que pareça vantajoso para ambas. Isso além da influência objetiva das despesas processuais, desmotivando o contencioso reciprocamente.

Percebe-se aqui, que tal qual no jogo hipotético de *poker* exemplificado, a esperança de vitória é uma variável que influencia negativamente. Se ambos os lados forem otimistas, ou estiverem emocionalmente determinados a vencer por razões psicológicas, a chance de formação de consenso é mínima. Por outro lado, a

probabilidade de acordo é ótima quando todos entendem as incertezas do processo e não estão confiantes de sua vitória. Isso não quer dizer é claro que o papel do conciliador seja destruir a esperança das partes. Se seu otimismo for justificado é bom que assim o compreenda e opte pela solução contenciosa para ver sua pretensão realizada por completo, afinal não se deseja também a celebração de acordos injustos. Mas dentro do possível, é interessante que o olhar dos interessados seja esclarecido e objetivo no sentido de contemplar as variáveis dentro de uma expectativa realista, compreendendo os casos em que conciliar realmente lhes é vantajoso. E o meio de fazer convergir tais expectativas não é outro senão a comunicação pelo debate. A dialética confronta os argumentos e as diferentes narrativas dos fatos, estabelecendo um terreno comum para as partes julgarem suas chances.

Se pudermos fazer uma representação gráfica simples do interesse das partes em conciliar em função do valor da proposta, podemos obter tal esquema:



Percebe-se que o interesse patrimonial do autor e do réu na conciliação evoluem em sentidos opostos. Entretanto, existe um possível ponto de convergência, de difícil estimativa, em que os ânimos se sobrepõem. Isso é possível porque o processo contencioso cria despesas para ambas as partes, havendo um valor de acordo que seja tão bom para o autor que os custos não compensem aguardar a sentença, e ao mesmo tempo mais barato para o réu em relação ao que seria condenado.

Afinal, pode parecer estranho conceber a justiça através de um jogo e não a realização de um dever ser, porém assim sempre foi o funcionamento do judiciário. O

processo contencioso é também uma competição pela versão da justiça. Como já se disse na sessão 5.1, e bem ensinou Nietzsche, o conhecimento não é uma verdade que emana das coisas. É antes o resultado de um equilíbrio de forças – um jogo de instintos. Aquilo que sempre emerge do processo não é a verdade, mas o poder prevalente o qual foi capaz de convencer sobre ela. Tem-se, é claro, a esperança de que a razão e o poder andem juntos, e o vencedor seja aquele que merece vencer. Mas em última instância, estar do lado certo não tem relação direta com a vitória.

8.1. A conveniência de um ônus conciliatório

Considerando tudo o que foi discutido, sobretudo no capítulo 4, podemos sustentar a existência de um dever legal, ético e cívico de respeitar a esfera de direito do outro, não apenas se abstendo de violá-la, mas também de reconhecê-la e repará-la. Tal obrigação deriva diretamente, no âmbito do processo civil, do princípio da cooperação (art. 6º do CPC), bem como indiretamente do princípio constitucional da solidariedade social (art. 3º, I da CRFB).

Observamos ainda, na sessão anterior, o mecanismo implícito da dinâmica de autocomposição, com foco na conciliação de causas exprimíveis em valores patrimoniais. Descobrimos que, enquanto a maioria das variáveis é ambígua, atuando ao mesmo tempo em sentidos opostos para cada uma das partes, as despesas são um fator de convergência, porque desestimulam todos os litigantes.

Ao mesmo tempo, Sztahn, Zylbersztajn e Azevedo afirmam que:

> Sem qualquer restrição ao comportamento de interesse individual ou incentivo ao comportamento de interesse coletivo, a ação esperada para ambas as partes é a não-cooperação. [...] Para que o ganho coletivo possa ser realizado, é necessário que haja alguma restrição ou orientação ao comportamento das partes, de tal modo que as ações não-cooperativas sejam eliminadas (apud SOUZA, 2015, pp. 39-40).

Nesse sentido, vem se sugerir a existência de um instrumento o qual, fundado no dever de colaboração, venha onerar com uma despesa a parte sucumbente que tenha se recusado a conciliar. A ambição é de um instituto que funcione como um catalisador para a conciliação. Na química, este é uma substância que reduz a quantidade de energia necessária para a reação ocorrer. E aqui também o seria. De forma um pouco

semelhante, comentou-se na sessão 7.9 a opinião de Pinho e Alves (2015) quanto a possibilidade de o juiz premiar a parte que colaborou com uma menor condenação em honorários de sucumbência. Ideia parecida foi a que se chegou na sessão 7.5 ao se sugerir a ampliação de tais honorários para a parte que cumulativamente se recusar a cooperar e sucumbir no contencioso. Percebe-se que a proposta não é punir a parte por sua mera falta de cooperação, mas de lhe impor uma espécie de multa pela dupla imputação (recusa + derrota).

Há, provavelmente, várias formas de desenhar tal instrumento. Este trabalho aponta ao menos duas.

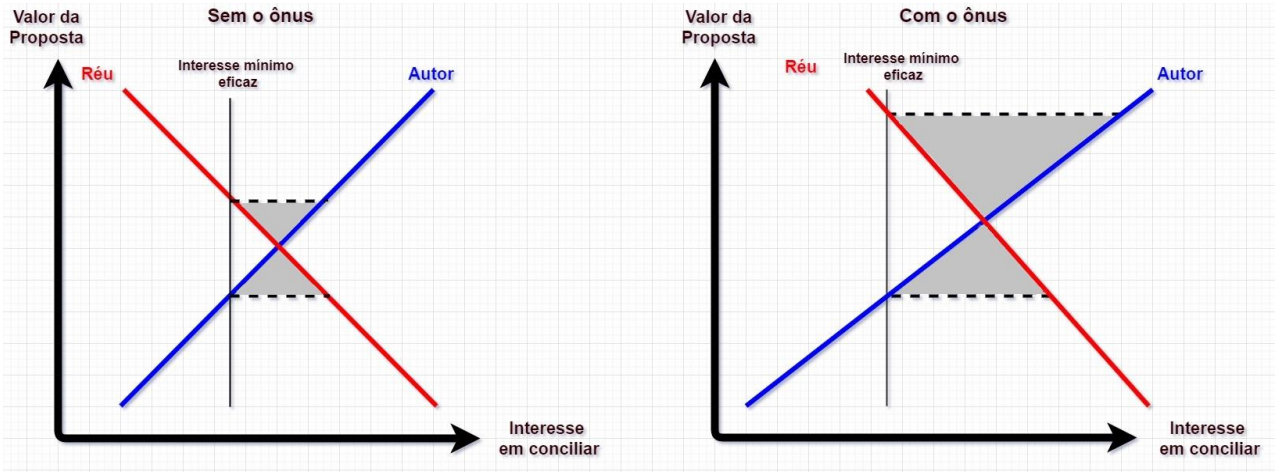
8.1.1. Ônus conciliatório estático

A primeira modalidade, aqui chamada de ônus conciliatório estático, poderia consistir em uma previsão de multa aplicável em percentual sobre a condenação final, com honorários advocatícios inclusive, a que o réu estivesse sujeito e fosse revertida em favor da parte autora. Para afastar a aplicação de tal multa o réu poderia consignar nos autos, na sessão de conciliação ou por petição intercorrente, uma proposta de acordo, tolerado ainda algum parcelamento ou outro facilitador. Independentemente da aceitação do pretenso credor, a simples oferta reduziria o montante sobre o qual incidiria a pena em caso de derrota. Isto é, o percentual de multa seria calculado sobre o valor da condenação já abatido da proposta do réu. Na contramão, caso o autor viesse a perder, ou a vencer em proporção menor que o ofertado, seria lícito ao réu aplicar a mesma punição a ele, executando o valor ou compensando em relação ao que ainda tiver de pagar.

Para entender melhor, pensemos em um autor demandando o valor de R$ 10.000,00. Se o réu se recusar a fazer qualquer proposta e sofrer uma procedência total, teria de pagar a condenação acrescida de um percentual legal, digamos, de 25%, chegando a R$ 12.500,00 (10.000 + 25% x 10.000). Caso entenda por bem se resguardar, o demandado poderia fazer uma proposta de acordo, por exemplo, de R$ 5.000,00. Independente de aceitação, isso já faria a base de cálculo cair pela metade (10.000 + 25% (10.000 - 5.000), resultando em uma multa de R$ 1.250,00. Assim, uma oferta de 70% da pretensão autoral, nessas mesmas condições e supondo a procedência total do pedido, ensejaria uma multa de R$ 750,00, enquanto uma de apenas 40%

implicaria R$ 1.500,00. Esta pena teria um caráter indenizatório, compensando o autor pelos transtornos e demora injustificada pela resistência do réu. Por isso, no caso de a oferta superar a condenação ao final, seria igualmente justo ao demandado ser indenizado pelo transtorno causado pela insistência do autor.

O instrumento descrito acima é interessante na medida em que atua como um estímulo material para os litigantes conciliarem, ao mesmo tempo compensando a parte adversa no caso de recusa. A penalização é feita na proporção em que o interessado se recusou a conciliar, assim como na que sucumbiu. Se fizermos uma representação gráfica da chance de conciliação aplicando-se o ônus conciliatório em comparação a não aplicação, teríamos o esquema a seguir.



Considerando que o referido ônus altera o ângulo de ambas as retas inclinando as mesmas para a direita, no sentido de um maior interesse conciliatório, tanto o autor estaria mais disposto a aceitar uma proposta um pouco menor quanto o réu estaria a fazer uma proposta um pouco maior. O resultado é um significativo acréscimo na área marcada em cinza, na qual é provável a obtenção de acordo. No gráfico acima, alterando-se o ângulo da reta em alguns graus no sentido de um maior interesse em conciliar, obteve-se uma região 4 vezes maior do que sem o referido ônus. Evidentemente, a inclinação da reta depende do percentual que se atribui à penalidade em discussão, fazendo a área de convergência de interesse variar. Neste gráfico não se quantificou um percentual específico.

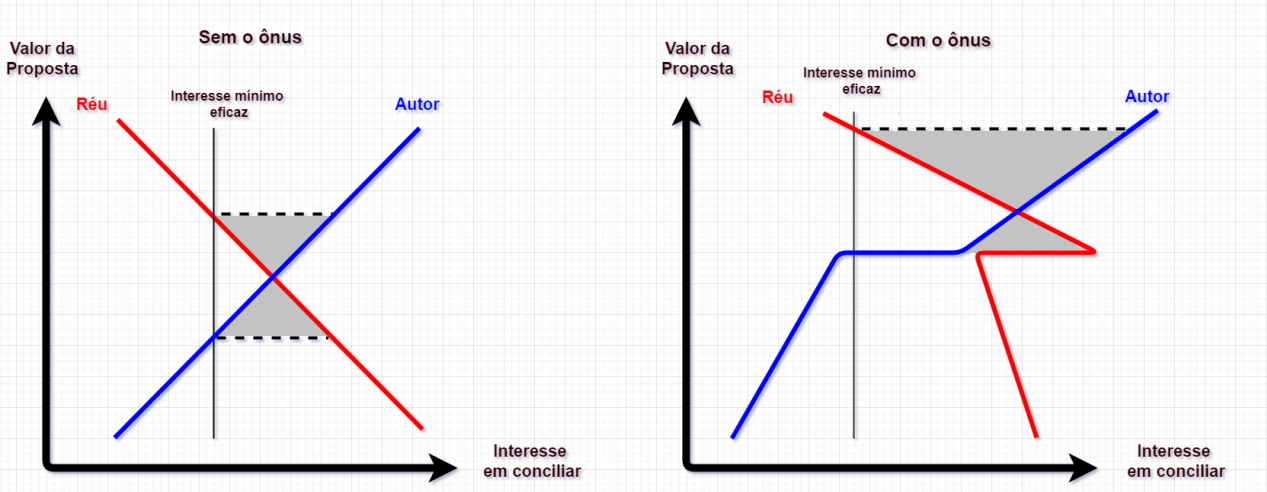
8.1.2 Ônus conciliatório dinâmico

Uma outra forma de aplicar a referida sugestão, um pouco mais elaborada, seria atribuir o ônus conciliatório em um primeiro momento ao réu. Em caso de eventual sucumbência, este teria de pagar um percentual a mais sobre a parcela que sucumbiu. Haveria, contudo, um patamar pré-fixado, correspondente a uma fração da pretensão do autor, que caso o réu concorde em oferecer, poderia transferir este ônus para o autor. Isto é, a partir de determinado valor de proposta, presume-se a colaboração do réu, ficando ele livre do risco da penalidade, ainda que venha a perder. Mas feita a proposta neste patamar mínimo, o ônus passa a ser do autor. Ele é quem deve colaborar ou assumir o risco da multa. Caso não aceite, se houver sucumbência sua, mesmo que parcial, terá de pagar o valor sobre o montante que sucumbiu.

Exemplificando, tomemos um pedido autoral equivalente a R$ 10.000. Digamos que o ônus conciliatório seja fixado pela lei, pelo juiz ou por contrato em 25%. Nesta modalidade, teríamos que fixar também a proposta mínima que se considera como efetiva cooperação, digamos 75% da pretensão. Neste cenário, qualquer oferta inferior a R$ 7.500,00 não reduziria em nada a multa aplicada no caso de derrota, se o autor a rejeitar. Mas realizada neste valor, o réu ficaria desonerado e, simultaneamente, oneraria o autor. Recusado os R$ 7.500,00, o demandante estaria sujeito a mesma penalidade, caso não obtenha o total da sua pretensão. Se obtiver R$ 8.000,00 na sentença condenatória, teria de pagar ao demandado 25% dos R$ 2.000,00 que perdeu, obtendo os mesmos R$ 7.500,00 que teria recebido se tivesse aceitado o acordo antes. Assim, teria de confiar na procedência de mais de 80% de seu pedido para o contencioso começar a valer a pena. Ao mesmo tempo, para o réu, se for condenado a R$ 6.000,00, sem que tenha se desonerado, teria de pagar ao todo R$ 7.500,00, o mesmo valor que poderia ter conciliado. Deste modo, o contencioso começa a ser interessante para ele quando acredita em uma condenação em menos de 60% do pedido.

Uma inclusão ainda precisa ser feita para evitar uma distorção. O que acontece se o autor arbitrar o valor do pedido para cima, impedindo o réu de alcançar o patamar mínimo de oferta para desonerar-se? Diante dessa possibilidade, teríamos de assumir que caso a condenação final seja inferior a metade da pretensão autoral, a penalidade se volta contra o demandante. Isso porque não se pode reputar ao réu a recusa em conciliar quando o benefício pretendido era excessivo. A resistência, nesse caso, há de ser imputada ao autor, que insistiu em mais do que deveria.

Representando graficamente este segundo modelo, teríamos algo assim:



O presente modelo é particularmente útil por deslocar o ponto de equilíbrio ainda mais para a direita, onde o interesse de ambas as partes em conciliar é maior. Ao mesmo tempo, os acordos, quando celebrados, tendem a alcançar valores mais altos. Interpretando o gráfico, vemos que o interesse do autor e do réu é mais estável na hipótese de propostas reduzidas. O réu deseja conciliar e o autor não, porque o ônus da multa recai sobre o primeiro. Uma vez atingido o patamar a partir do qual se presume a colaboração do réu em resolver a causa consensualmente, o interesse de ambos os litigantes dá um salto, pois por um lado o réu se desonera (desde que faça a proposta), e por outro o autor é onerado, tendo maior interesse em aceitar. A partir de então o desejo de ambos se modifica com mais intensidade: o do réu cai rapidamente para ofertas maiores que o patamar exigido e o do autor sobe, à medida que se não houver procedência total no contencioso, a multa lhe reduzirá a um valor quase equivalente ao da oferta.

Percebe-se que ambas as estratégias tornam relativamente redundante a discussão acerca da obrigatoriedade ou não da audiência de autocomposição. As próprias partes terão um incentivo a desejar a mesma. Mas havendo recusa por um dos interessados não há qualquer necessidade de forçá-la ao comparecimento. Basta o litigante saber que sua recusa implica a presunção do ônus conciliatório contra si, dando uma potencial vantagem ao adversário, o qual se dispôs a comparecer. Estando convicto da plenitude do seu direito, o contencioso pode ser realmente o caminho mais justo.

A despeito do modelo utilizado, a conclusão a partir da análise realizada no capítulo anterior é a mesma: precisa-se aumentar o grau de convergência do interesse das partes numa solução negocial por meio de estímulos recíprocos, que recompensam e penalizam os interessados conformem estes concordem objetivamente ou não em conciliar, na proporção em que sucumbirem no processo.

9. CONCLUSÃO

O presente trabalho espera ter sido capaz de enriquecer o debate não apenas com as respostas apresentadas, mas sobretudo com as perguntas anteriormente levantadas. Diversos são os questionamentos acerca das possibilidades de aplicação e êxito das práticas conciliatórias, variando as perspectivas de acordo com o posicionamento jurídico e ideológico de quem as aprecia. Se a existência de um processo democrático cooperativo por si já desperta polêmicas, partindo, entre seus críticos, do ceticismo ao repúdio total, o que dizer de instrumentos como o aqui proposto ônus conciliatório? Se for de fato demasiada ousadia acreditar em um estímulo material que possa orientar a dinâmica da conciliação, balizando os interesses objetivos em direção a um consenso, terá sido sucesso o bastante ter contribuído na busca por uma estratégia efetiva capaz estimular as partes a fazerem justiça por si mesmas. Não com as próprias mãos, mas com suas próprias vozes.

Nesse ponto ainda, surge uma possibilidade de investigação futura quanto a realização de algum experimento apto a testar a eficácia do proposto ônus conciliatório. Através de audiências simuladas, em espírito semelhante às experiências já conduzidas pelos estudiosos da teoria dos jogos, seria possível colocar em prática e observar o êxito da medida, em termos de elevação do índice de conciliação, de modo a avaliar o instituto para além da teoria, com resultados empíricos.

O presente estudo espera ainda ter apontado no sentido geral da necessidade de revisão das práticas e burocracias judiciárias para modernização e flexibilização dos procedimentos para além da conciliação e da mediação. Sendo o processo contencioso em alguma medida uma necessidade, há que se perquirir se o mesmo não deveria estar mais focado na realização de seus fins, em uma perspectiva gerencial, em detrimento do respeito às formalidades. De fato, como se discutiu aqui, o CPC avançou no sentido da instrumentalidade das formas, simplificando a flexibilizando alguns institutos em relação ao código anterior. Por outro lado, observou-se também resistência em aceitar modificações nos procedimentos já consagrados na lei e na tradição, de modo que o art. 190, por exemplo, quase não é utilizado. Parece haver ainda, no Estado como um todo, e não só no judiciário, um apego ferrenho pelas formas. Tal “fetiche pelo carimbo” contribui para agravar o cenário de crise descrito no capítulo 3 e fazer urgir “novas” formas de resolução dos conflitos, à medida que a resposta contenciosa se encontra

parcialmente saturada. As observações quanto a importância da autocomposição para a sustentação de uma economia dinâmica e uma sociedade coesa feitas no capítulo 5 são também válidas para a necessidade de eficiência do contencioso judiciário em geral. Com isso em mente, espera-se ter deixado em aberto uma janela para eventuais pesquisas quanto à existência de instrumentos para eficiência do sistema de justiça como um todo, e sobre sua importância para o estado democrático de direito.

À luz do que foi exposto, compreende-se que a justiça conciliativa é antes de tudo uma escolha política. A mesma vem gravada com custos de tempo e dinheiro, treinamento profissional e receios quanto a sua aplicação. Por outro lado, se bem aplicada, guarda potencialidades justamente para mitigar tais despesas e garantir maior segurança e acesso à justiça. Diz-se que este paradigma constitui uma opção política pois depende essencialmente do modelo de sociedade que se deseja promover. O modelo cooperativo, pautado pela autocomposição, se coaduna a uma democracia participativa e dinâmica, consciente da pluralidade de vontades e perspectivas existentes na sociedade.

Considerando ser toda escolha uma possibilidade e não uma necessidade, para que a escolha do legislador faça sentido é fundamental o emprego dos esforços adequados para a qualidade do trabalho, sob pena de os custos superarem os benefícios. Embora evidentemente os investimentos estejam sendo realizados, um sucesso significativo da política só será alcançado a partir de modificações mais profundas na cultura institucional dos espaços afins, os quais vão dos tribunais às universidades. Entende-se, portanto, que a opção pela justiça conciliativa se compreende em uma opção maior por um regime democrático. Traduz-se em um instrumento de empoderamento do jurisdicionado. As contradições sociais, as quais em um país como o Brasil são muitas, e a forma ainda vertical como o Estado se posiciona diante delas acabam servindo de obstáculo ao êxito do modelo, ao passo que, reciprocamente, este carece de força para reafirmar a democracia.

Acreditando nas potencialidades debatidas ao longo deste trabalho, bem como no fato de que o amadurecimento das mudanças normalmente leva tempo, é válido confiar na importância dessas inovações processuais. Conquanto se discuta a conciliação sob uma expectativa mais ampla, de que as pessoas aprendam a conciliar como um método para a vida, fortalecendo laços de alteridade e aprendendo a negociar conflitos de forma não violenta, entende-se que o Estado tem papel fundamental no fomento desse cenário. Sem que se esteja sendo paternalista ou autoritário, enquanto

centro das decisões políticas, é importante que ele tenha também um papel ativo na maturação da sociedade civil, fornecendo subsídios e instrumentos que motivem as pessoas a fazerem suas próprias escolhas.

10. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tania. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas In Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. Santa Cruz do Sul. 2ª Ed. Essere nel Mondo, 2015.

AZEVEDO, André Gomma de. O componente de mediação vítima-ofensor na Justiça Restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal In Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. Santa Cruz do Sul. 2ª Ed. Essere nel Mondo, 2015.

BACELLAR, Roberto Portugal. Sustentabilidade do Poder Judiciário e a mediação na sociedade brasileira In Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. Santa Cruz do Sul. 2ª Ed. Essere nel Mondo, 2015.

BENETI, Sidney Agostinho. O juiz e o serviço judiciário. Revista da escola da magistratura de Rondônia. N. 1. Porto velho: 1996.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado n° 517, de 2011. Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101791>. Acesso em: 13 jun. 2020.

BOBBIO, Norberto. Estado, Governo e Sociedade Civil: Para uma Teoria Geral da Política. 13ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

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

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. Atlas, São Paulo, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. Instituições do processo civil. Vol. I. Campinas: Servanda, 1999.

CHAPARRO, Fernando Menegueti. Breves notas sobre a formação do estado moderno: a origem dos novos modelos hermenêuticos. 2014. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-123/breves-notas-sobre-a-formacao-do-estado-moderno-a-origem-dos-novos-modelos-hermeneuticos/ Acesso em: 13 jun. 2020.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, v. II. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 31ª edição. São Paulo: Malheiro, 2015.

DAKOLIAS, Maria. Court performance around the world: a comparative perspective. Washington, DC: The World Bank, July 1999. Disponível em: <http://www.worldbank.org>. Acesso em: 03 mai. 2020.

DAN, Wei. Mediação na China: passado, presente e futuro In Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. Santa Cruz do Sul. 2ª Ed. Essere nel Mondo, 2015.

DELFINO, Lúcio. Cooperação processual: Inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 149-168, jan./mar. 2016.

DIDIER, Jr. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Salvador: JusPodivm, 2008.

DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual civil: inquisitivo, dispositivo e cooperativo in Revista de Processo – Ano 36, vol. 198. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2008.

DURKHEIM, Émile. Da divisão do trabalho social. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EVANS-PRITCHARD. E. E. Bruxaria, oráculos e magia entre os Azande. Jorge Zahar. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2005.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. 2.ed. Rio de Janeiro: Nau Ed., 1999.

GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. 5ª Ed. Unesp, 1991.

GUSTIN, Miracy B. S. Resgate dos direitos humanos em situações adversas de países periféricos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. n. 47 Minas Gerais: UFMG, 2005.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. v. 1 e 2 Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOBBES, Thomas. O Leviatã. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e Econômicas IPESPE, FGV, AMB. Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro, 2019.

Justiça em Números 2019/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019. Acesso em: 03 mai. 2020.

Justiça em Números 2018/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. Acesso em: 03 mai. 2020.

Justiça em Números 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017. Acesso em: 03 mai. 2020.

Justiça em Números 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Acesso em: 03 mai. 2020.

KANT, Immanuel, Resposta à pergunta: o que é o iluminismo, in A paz perpétua e outros opúsculos, Lisboa, Edições 70, 1990

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Coleção clássicos do pensamento político. Petrópolis/RJ: Vozes, 1994.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Princípio da cooperação e processo civil do arco-íris. 2015. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/novo-cpc-principio-da-cooperacao-e-processo-civil-do-arco-%C2%ADiris-27042015 Acesso: 07 mai. 2020.

MARX, Karl. Sobre a questão judaica. São Paulo: Boitempo, 2010.

MELLO, Marco Aurélio. Préfácio in A luta pela efetividade da jurisdição. São Paulo: Editora da Revista dos Tribunais, 2007.

MESSICK, Richard E.; Judicial reform and economic development : a survey of the issues The World Bank Research Observer, vol. 14, no. 1 (February) 1999/02/01

MOLINARI, Ernesto. A teoria dos jogos in Dicionário de política. 11ª ed. Unb, 1998.

MUNIZ, Déborah Lídia Lobo. Mediação: estudo comparativo In Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. Santa Cruz do Sul. 2ª Ed. Essere nel Mondo, 2015.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Notas sobre o conceito de lide. Revista de doutrina e jurisprudência. v. 9, n. 34, p. 85-95, abr./jun. 1984.Disponível em: <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/tjdft/35130/notas%20sobre%20o%20conceito%20de%20lide.pdf?sequence=1> Acesso em: 25 mai. 2020.

OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Academia. Revista sobre enseñanza del derecho año 4, número 8, 2007, ISSN 1667-4154, págs. 101-130.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Processual Civil Contemporâneo: Teoria Geral do Processo (volume 1). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PINHEIRO, Armando Castelar. Judiciário, Reforma e Economia: a visão dos magistrados, 2002. Acesso em: 25 mai. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, DURÇO, Karol Araújo. A mediação e a solução dos conflitos no estado democrático de direito. O "juiz Hermes" e a nova dimensão da função jurisdicional. Revista Quaestio Iuris, vol.04, nº01. ISSN 1516-0351 p.245-277, 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O novo CPC e a mediação: reflexões e ponderações. Revista de Informação Legislativa Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. Novos desafios da mediação judicial no Brasil: A preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa. Revista de Informação Legislativa, Ano 52 Número 205 jan./mar. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p55.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro In Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume V Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. ISSN 1982-7636, 2010.

PORTUGAL. Lei n.º 41/2013 de 26 de junho. Aprova o Código de Processo Civil. (Diário da República, 1.ª série nº 121, 26 de junho de 2013).

REALE, Miguel. Concreção de fato, valor e norma no direito romano clássico (Ensaio de interpretação à luz da teoria tridimensional do Direito). Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 49, 190-220, 1954. Recuperado de http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66206 Acesso em: 25 mai. 2020.

REIS, Fernando Antônio Calmon. Acesso à justiça e o paradoxo do excesso de judicialização de conflitos. Brasília: CUB, 2014.

RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação no direito de família e o acesso à justiça. In Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. Santa Cruz do Sul. 2ª Ed. Essere nel Mondo, 2015.

SÁ, Renato Montans de. Manual de direito processual civil. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SARTRE, Jean-Paul. O ser e o nada: Ensaio de ontologia fenomenológica. Editora Vozes, 24ª Ed, 2015.

SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo, Companhia das letras, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de Processo Civil. v. 1. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 21.

SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional: análise histórico-crítica da legislação brasileira sobre mediação, In Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. Santa Cruz do Sul. 2ª Ed. Essere nel Mondo, 2015.

SOUZA, Luciane Moessa de. Diretrizes éticas, capacitação, credenciamento e supervisão da atuação de mediadores e conciliadores: contribuições preliminares, In Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. Santa Cruz do Sul. 2ª Ed. Essere nel Mondo, 2015.

SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação de conflitos envolvendo entes públicos In Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. Santa Cruz do Sul. 2ª Ed. Essere nel Mondo, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Lições de crítica hermenêutica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na américa: leis e costumes. Martins Fontes. São Paulo, 2005.

VILLAÇA, Eduardo Antônio de Andrade. CAMELO, Michele Cândido. A defensoria como agente na mediação de conflitos In Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. Santa Cruz do Sul. 2ª Ed. Essere nel Mondo, 2015.

WARAT, Luis Alberto. A mediação. Disponível em: <http://www.almed.org.br>. Acesso em: 20 mai. 2020.

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

WEBER, Max. Escritos políticos. 1ª ed. Martins Fontes, 2013.

WILLIAMSON, Oliver E. The mechanisms of governance. New York. Oxford University press, 1996.

YANIERI, A. A. Mediación en el divorcio: alimentos y régimen de visitas. Argentina: Juris, 1994.