Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Beatriz Alaíde de Souza Assef

O sistema de resolução consensual de disputas à luz do acesso à justiça na contemporaneidade: da obrigatoriedade da tentativa prévia ao melhor aproveitamento dos métodos autocompositivos

Rio de Janeiro

2023

Beatriz Alaíde de Souza Assef

O sistema de resolução consensual de disputas à luz do acesso à justiça na contemporaneidade: da obrigatoriedade da tentativa prévia ao melhor aproveitamento dos métodos autocompositivos

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Orientadora Prof.a Dra. Flávia Pereira Hill

Rio de Janeiro

2023

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

A845 Assef, Beatriz Alaíde de Souza

O sistema de resolução consensual de disputas à luz do acesso à justiça na contemporaneidade: da obrigatoriedade da tentativa prévia ao melhor aproveitamento dos métodos autocompositivos / Beatriz Alaíde de Souza Assef. - 2023.
192f.
Orientador: Profª. Dra. Flávia Pereira Hill.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Acesso à justiça - Teses. 2.Obrigatoriedade da lei – Teses. 3. Conflito – Teses. I.Hill, Flávia Pereira .II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.9

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Beatriz Alaíde de Souza Assef

O sistema de resolução consensual de disputas à luz do acesso à justiça na contemporaneidade: da obrigatoriedade da tentativa prévia ao melhor aproveitamento dos métodos autocompositivos

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Aprovada em 03 de fevereiro de 2023

Banca Examinadora:

_____

Profª. Dra. Flavia Pereira Hill

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Prof.ª Dra. Trícia Navarro Xavier Cabral

Universidade Federal do Espírito Santo

Rio de Janeiro

2023

AGRADECIMENTOS

A conclusão de ciclos é sempre um momento especial e este não poderia ser diferente. A realização do mestrado na UERJ foi um sonho muito querido, o qual alcancei com auxílio de muitas pessoas, e por isso tenho muito a agradecer.

Em primeiro lugar, agradeço profundamente à minha orientadora, professora Flávia Hill, por aceitar e desempenhar essa função com tanta seriedade e disponibilidade. Certamente, o curso de mestrado e a elaboração desta dissertação não teriam sido iguais sem seu primoroso trabalho.

Obrigada também a todos os professores, colegas e funcionários da UERJ, foi uma jornada incrível.

Agradeço à Faleck & Associados, especialmente na pessoa da minha mentora Nathalia Gouthier, por me proporcionar a experiência profissional mais transformadora que tive até hoje e por permitir a concomitância com os estudos acadêmicos. Às amizades tão queridas que foram iniciadas em Brumadinho – MG, obrigada pela companhia animada, convivência leve e aprendizados inestimáveis durante esse tempo de descobertas e amadurecimento.

À minha família e ao meu parceiro de vida, muitíssimo obrigada pela paciência e incentivo de sempre. Espero poder retribuí-los à altura.

Por fim, sou grata a Deus pela sua bondade infinita.

O homem é um ente polarizado entre a exigência de ser sujeito (singularidade) e a necessidade, para sê-lo, da interação com seus semelhantes (pluralidade). Somos, assim, liberdade que pede realização, porém que, para realizar-se como tal, paradoxalmente, tem que se deixar limitar, possibilitando a realização da liberdade do outro, sob pena de inviabilizar qualquer liberdade. E isso nos faz socialmente responsáveis. (...) Corolário disso é a necessidade de se definir a melhor conduta (ação adequada) com o objetivo de ordenar o que por si só não se ordenará – a convivência social. O homem precisa definir qual a melhor conduta individual e também qual a mais indicada em termos sociais, tendo em vista os fins que elegeu.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Direito, poder, justiça e processo. Rio de Janeiro: Forense. 2000. p. 17-18.

RESUMO

ASSEF, Beatriz Alaíde de Souza. *O sistema de resolução consensual de disputas à luz do acesso à justiça na contemporaneidade*: da obrigatoriedade da tentativa prévia ao melhor aproveitamento dos métodos autocompositivos. 2023. 131f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

O presente trabalho se propõe a apresentar um novo olhar sobre a obrigatoriedade da tentativa de autocomposição prévia. Parte-se do estudo doutrinário dos novos contornos da jurisdição, os quais consolidam os métodos consensuais como caminhos legítimos para a entrega da justiça. Em seguida, analisam-se alguns movimentos jurisprudenciais e legislativos que justificam esse novo olhar, vez que determinam a adoção indispensável de comportamentos pré-processuais autocompositivos para o exercício responsável do direito de ação, sem prejuízo dos casos em que a via judicial é inequivocamente a mais adequada. O objetivo é demonstrar que existe, na atual ordem jurídica, o dever de iniciar a solução de uma disputa por um caminho não adversarial, com a abertura para a potencial criação de acordo. Para isso, é importante ratificar que são várias as formas de possibilitar a composição extrajudicial do conflito, que o avanço tecnológico nos instiga a desenhar sistemas para muito além dos métodos tradicionais e que o dever de buscar a solução mais adequada recai sobre todas as partes envolvidas. Por fim, utiliza-se dos conhecimentos práticos sobre negociação e *design* de sistemas adquiridos na experiência profissional no programa de indenizações extrajudiciais individuais criado para os casos decorrentes do rompimento da barragem de Brumadinho-MG para enumerar os fatores que contribuem para o melhor aproveitamento das opções autocompositivas disponíveis. Vislumbra-se um amplo espectro de atuação extrajudicial para os operadores do direito capaz de enobrecer os espaços de resolução de conflitos e permitir a gestão construtiva do sistema de justiça como um todo.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Métodos Autocompositivos. Obrigatoriedade.

ABSTRACT

ASSEF, Beatriz Alaíde de Souza. *The consensual dispute resolution system in the light of access to justice in contemporary times*: from the mandatory prior attempt to the better use of self-compositional methods. 2023. 131f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

The present work proposes to present a new look at the mandatory previous self-settlement attempt. It begins from a doctrinal study of the new contours of jurisdiction, which consolidate consensual methods as legitimate paths for the safeguard of justice. Next, we analyze some jurisprudential and legislative movements that justify this new look, since they determine the indispensable adoption of self-compositional pre-procedural behaviors for the responsible exercise of the right of action, without prejudice to cases where the judicial route is unequivocally the most appropriate. The objective is to demonstrate that there is, in the current legal order, the duty to start the solution of a dispute for a non-infrontal path with the opening to the potential creation of agreement. For this, it is important to sign that there are several ways to enable out-of-court conflict resolution, that technological advances urge us to design systems that go far beyond traditional methods, and that the duty of reaching the most adequate solution falls on all parties involved. Finally, it uses the practical knowledge about negotiation and design of systems acquired in the professional experience in the program of individual extrajudicial indemnities created for the cases arising from the rupture of the dam of Brumadinho-MG to list the factors that contribute to the best use of out-of-court options available. There is a broad spectrum of extrajudicial performance for legal operators capable of ennobling conflict resolution spaces and allowing the constructive management of the justice system as a whole.

Keywords: Access to justice. Self-composition methods. Obligation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADR	*Alternative Dispute Resolution*
CEJUSC	Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DSD	*Dispute System Design* ou Desenho de Sistemas de Disputas
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
MG	Minas Gerais
ODR	*Online Dispute Resolution*
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PL	Projeto de Lei
STF	Supremo Tribunal Federal
TC	Termo de Compromisso

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO..... 10

1 **NOVOS CONTORNOS DO ACESSO À JUSTIÇA NO CONTEXTO DO ATUAL SISTEMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**..... 14
1.1 **Identificação dos subprincípios que compõem o núcleo essencial do acesso à justiça**..... 21
1.2 **Acesso à justiça no CPC/15: novas perspectivas para a composição dos conflitos**..... 22
1.3 **A opção legislativa de institucionalizar a autocomposição**..... 25
1.4 **A "instrumentalidade metodológica" como pilar da construção dos métodos autocompositivos**..... 29
1.5 **A criação de cultura de autocomposição e as contribuições para este fim...** 32
1.6 **A construção de acordos e seus desafios**..... 40

2 **PREMISSAS PARA UM COMPORTAMENTO PRÉ-PROCESSUAL RESPONSÁVEL**..... 46
2.1 **A ampliação do conceito de interesse de agir segundo o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 631.240 – MG**..... 46
2.2 **A atual amplitude do dever de cooperação**..... 52
2.3 **A adequação como critério de conexão entre o caso concreto e o método de resolução do conflito**..... 57
2.3.1 A relação entre autocomposição e adequação..... 60
2.3.2 A verificação da adequabilidade dos procedimentos segundo o conceito de "justiça procedimental"..... 61
2.4 **Conclusões parciais**..... 64

3 **ANÁLISE SOBRE A OBRIGATORIEDADE DA TENTATIVA PRÉVIA DE AUTOCOMPOSIÇÃO**..... 66
3.1 **Comentários sobre as iniciativas dos Projetos de Lei 533/2019 e 3.813/2020**..... 66
3.2 **Argumentos contrários à obrigatoriedade da tentativa extrajudicial prévia de autocomposição**..... 70
3.3 **A hipótese da "janela de mediação"**..... 73
3.4 **Argumentos a favor da obrigatoriedade da tentativa extrajudicial prévia de autocomposição**..... 75
3.5 **A escolha do método consensual e a comprovação da tentativa**..... 86
3.6 **Construindo uma corrente intermediária**..... 90
3.7 **Prognósticos sobre a obrigatoriedade da tentativa prévia**..... 93

4 **FATORES PARA O MELHOR APROVEITAMENTO DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS**..... 96
4.1 **Precisamos trabalhar de forma diferente**..... 96
4.2 **A negociação como fundamento da gestão construtiva dos conflitos**..... 100
4.3 **Categorização dos fatores: escalonamento exemplificativo dos**

comportamentos..... 108
4.4 **O framework utilizado no caso de Brumadinho**..... 111

CONCLUSÃO..... 117

REFERÊNCIAS..... 121

INTRODUÇÃO

Talvez a advocacia esteja acostumada com uma ideia específica de atividade e de existência profissional. Desestabilizar esse padrão pode ter como consequência uma espécie de ruptura mental geradora de aversão ou desconforto. Porém, espera-se que depois de algum tempo, aquilo que parecia uma complicada virada passe a ser inteligível, palatável e totalmente factível.

Já ocorreram outras disrupções no Direito e a contemporaneidade parece nos encaminhar para mais uma. Entramos em uma era de economia compartilhada, relações massificadas, velocidade de transmissão, espaços virtuais e ressignificação de diversos conceitos. Por isso, as respostas jurídicas precisam se relacionar com outros fundamentos para que se mantenham aderentes à sociedade a que se dispõem a servir.

A busca por soluções negociadas é a inovação da advocacia. A criação de empatia, avaliação dos elementos culturais, criação de hipóteses e o gerenciamento de comportamentos são exemplos de atividades eminentemente humanas e cada vez mais essenciais para a resolução dos conflitos. O manejo da autocomposição ganha um papel central na concretização de um sistema jurídico realmente pacificador e acessível.

O presente trabalho tem por objeto o estudo da acessibilidade do indivíduo ao fenômeno processual de resolução de conflitos, notadamente pela autocomposição, observando para isso o fundamento constitucional da inafastabilidade da jurisdição previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988.

A princípio, o referido dispositivo constitucional recai tanto sobre o Poder Legislativo, proibindo-o da edição de regras que impeçam a apreciação jurisdicional de lesão ou ameaça ao direito, quanto sobre o próprio Poder Judiciário, que fica obrigado a responder todos os pedidos de tutela que lhe forem direcionados. Apesar do necessário viés protetivo dessa norma fundamental, entendemos que ela não compreende uma liberação de acesso incondicionado e ilimitado do jurisdicionado ao processo judicial.

Nos últimos anos, a modificação da sociedade e os avanços da ciência processual, especialmente no que tange à autocomposição, colocaram em evidência, naturalmente, uma relação de inadequação entre determinadas situações conflitivas e o modo de resolução judicial. Esse movimento abriu uma janela de oportunidade para que os processualistas pudessem explorar outras formas de atuação que retomassem o nexo de adequação entre o caso concreto e o método de tutela.

A correlação instantânea entre resolução de conflitos e Poder Judiciário passou a ser questionada e problematizada. Nesse contexto, vem sendo importante repensar as formas de resolução de conflito, a fim de aprimorar a correspondência entre o caso e os métodos a serem utilizados e assim entregar uma tutela jurisdicional mais acessível, justa e adequada.

Para isso, a hipótese deste trabalho é a de que o condicionamento do acesso ao Poder Judiciário à prévia tentativa autocompositiva extrajudicial seria constitucional e decorreria dos novos contornos do acesso à justiça, do interesse de agir, do dever de cooperação e da adequação.

O trabalho está estruturado em 4 capítulos. O primeiro se debruça sobre o estudo do acesso à justiça, de modo a retomar o conceito das ondas de acesso e dos subprincípios que orbitam em torno de seu núcleo essencial, e, em seguida, elucidar o que a literatura vem apontando como releitura contemporânea desse princípio.

Destaca-se que a perspectiva histórica da época da promulgação da Constituição de 1988 mostra que foi oportuno eleger o Poder Judiciário como salvaguarda dos direitos fundamentais até então conquistados. Porém, tal arranjo normativo, e mais especificamente sua interpretação, se mostrou como um permissivo genérico, praticamente incondicionado, de utilização das vias judiciais. Dessa forma, a releitura, como se verá adiante, se concentra na retirada do Poder Judiciário do centro do acesso à tutela jurisdicional e a colocação dos mecanismos autocompositivos em posição privilegiada.

O segundo capítulo desenvolve o que se chamou de "premissas para um comportamento pré-processual responsável". Parte-se da ideia de que a movimentação do Poder Judiciário, para ser responsável, deve ser precedida, obrigatoriamente, de movimentos extrajudiciais autocompositivos. As justificativas para tal pressuposto decorrem: (i) do atual entendimento dos Tribunais Superiores acerca da constitucionalidade da exigência de atos extrajudiciais para o regular exercício do direito de ação; (ii) do dever de cooperação, presente inclusive no âmbito pré-processual, previsto pelo modelo constitucional de processo e pela sistemática instituída pelo Código de Processo Civil; e (iii) da superação do obstáculo processual da inadequação do método em relação ao caso concreto[1]. Assim, identifica-se maior protagonismo das condutas extrajudiciais dentro do Sistema de Resolução dos Conflitos brasileiro, circunstância que legitima a hipótese defendida neste trabalho.

---

[1] SOUSA, Rosalina Freitas Martins de. A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB 88, art. 5º, XXXV).Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, 2017. p. 31.

O terceiro capítulo se dedica especialmente à análise da obrigatoriedade da tentativa prévia de autocomposição. Procura-se comentar construtivamente as iniciativas dos Projetos de Lei 533/2019 e 3.813/2020 e organizar os principais argumentos contra e a favor da obrigatoriedade utilizados na literatura pertinente.

Cuida-se também de demonstrar que a tentativa prévia de autocomposição não se concretiza através de um método único, padronizado e generalista, no intuito de se afastar de qualquer concepção que coloque a mediação como salvação para todos os problemas. Essa pontuação é oportuna porque se entende que a adaptação dos processos resolutivos às características do conflito é o que de fato pode oferecer ao jurisdicionado uma opção útil e adequada e uma tutela satisfativa e pacificadora.

Assim, estar obrigado a tentar autocompor não significa realizar necessariamente uma mediação completa, muito menos chegar em um acordo e assinar um compromisso. Significa, sim, realizar um movimento inicial que faculte às partes a oportunidade de realizar um contato amigável e que, eventualmente, possa se desenvolver para uma solução negociada.

A partir desse conceito, pode-se examinar a obrigatoriedade da tentativa prévia de autocomposição de forma dissociada dos contextos de crise judicial. Isto é, o tratamento adequado dos conflitos independe de um Poder Judiciário malsucedido e não se justifica pela necessidade de redução numérica de ações (apesar de esse contexto ser um estímulo). O privilégio da solução consensual decorre do enobrecimento dos espaços, judiciais e extrajudiciais, e do melhor sequenciamento das condutas resolutivas.

O raciocínio é fundamentado pelas premissas do acesso à tutela jurisdicional efetiva, interesse processual, cooperação e adequação, e se desenvolve com respeito ao núcleo essencial das garantias processuais constitucionais. Por isso, mesmo diante de um processo judicial tido como eficiente, ainda assim é pertinente pensar em diversificar os métodos de resolução de conflitos conforme o caso concreto para que se possa entregar resultados cada vez mais completos, específicos e pacificadores.

O quarto capítulo procura corroborar a hipótese defendida, chamando os operadores do direito a olharem para a própria atuação. O objetivo é provocar a reflexão sobre o melhor manejo das ferramentas extrajudiciais existentes. Em outras palavras, é questionar-se sobre como resolver os problemas para os quais atualmente se utilizam os tribunais.

Apresenta-se ainda no quarto capítulo o seguinte encadeamento de comportamentos, o qual se percebe como fundamental para o aprimoramento da atuação no espaço extrajudicial: tomada de consciência sobre barreiras cognitivas, abertura de canal comunicativo amigável

entre as partes ou seus procuradores, atenção para as janelas de oportunidade para negociação, desenvolvimento de familiaridade com os processos autocompositivos (criação de experiências positivas) e identificação das razões que tornam uma eventual ação judicial o movimento adequado.

Por fim, utiliza-se a estrutura processual do programa de indenizações extrajudiciais de Brumadinho-MG, construído em decorrência do rompimento de uma barragem em 2019, para exemplificar o racional de um encadeamento ordenado e consciente de condutas que facilitam a resolução dos conflitos através de acordos.

É justamente a partir dessa experiência prática de facilitação de construção de acordos através de uma estrutura sequencial e racional de condutas que se define a premissa básica deste trabalho: a tentativa de autocomposição extrajudicial (pelo método construído segundo o caso concreto) é um elemento essencial de legitimação de um futuro e eventual movimento judicial.

Utiliza-se como marco teórico a interpretação evolutiva desenvolvida por Rosalina Freitas na qual o comando constitucional do artigo 5º, XXXV se dirige ao legislador dando-lhe permissão para editar regras que atribuam competência à entes ou órgãos mais adequados para a resolução de certos conflitos. E ainda, fica a entidade ou órgão proibido de escusar-se de responder o pedido. Segundo a autora, as características da sociedade contemporânea, tais como a globalização, o avanço tecnológico e digital, a comunicação instantânea, o aumento da circulação mundial de pessoas, bens e serviços, o hiperconsumismo, dentre outras, demandam a abertura de novos espaços normativos e decisórios[2].

Com o fim dessa pesquisa espera-se ter alcançado o objetivo amplo de destacar a interpretação evolutiva do princípio do acesso à justiça na contemporaneidade e o objetivo específico de defender a constitucionalidade da obrigatoriedade da tentativa prévia de autocomposição e oferecer critérios de melhor aproveitamento dos métodos autocompositivos.

[2] SOUSA, Ibidem. p. 26.

1. NOVOS CONTORNOS DO ACESSO À JUSTIÇA NO CONTEXTO DO ATUAL SISTEMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

O conceito de justiça e, principalmente, as formas de alcançá-la são dos mais disputados na contemporaneidade, instigando as mais diversas divergências jurídicas. A definição do acesso à justiça é uma tarefa que merece ser sempre renovada. No decorrer deste trabalho serão apresentadas perspectivas que integram a noção de que atualmente a justiça se coaduna com um discurso dialógico e que "a sua prática é tão polissêmica quanto a sua conceituação"[3].

O pensamento jurídico processual, segundo Cappelletti, tem passado por um importante movimento de transformação nas últimas décadas[4], qual seja o questionamento do sistema de justiça centralizado no acesso à resolução judicial dos conflitos. As mudanças de entendimento sobre o acesso à justiça são uma reação direta à redução do Direito e de seus elementos essenciais (sujeitos, normas, processos, deveres dos juristas) a uma atuação dogmático-formalística através exclusivamente do Estado, preocupada com a aplicação de normas à vida prática. A ideia de identificação instantânea entre o processo judicial e a justiça tem se tornado cada vez mais preterida.

Assim, o acesso à justiça, em seu novo movimento, vem trazer uma atuação em maior conformidade com a complexidade humana, retirando-se o destaque da norma, e colocando luz sobre as pessoas, processos e instituições.

Por esses motivos, salienta Cappelletti que não faz mais sentido ensinar o Direito Processual com fundamento apenas sobre o prisma dos aspectos judiciais. O estudo dessa disciplina deveria, para o autor, se debruçar sobre a acessibilidade do indivíduo ao fenômeno processual de resolução de conflitos, segundo uma dimensão tríplice: problema, respostas processuais e análise crítica dos resultados. É esse o caminho apresentado como necessário para a construção de juristas mais realistas, capazes de implementar análise de tempo, custos, dificuldades psicológicas, benefícios e comprometidos com o melhor aproveitamento dos instrumentos disponibilizados para o acesso à justiça e a proteção efetiva do indivíduo.

Apesar da atualidade do tema, é importante retomar que o fundamento político-filosófico para o debate sobre o acesso à justiça, enquanto movimento político, jurídico e

---

[3]ALMEIDA, J. G. C. NETO, A. B.; A evolução do conceito de justiça - da antiguidade à pós-modernidade. In: NETO, A. B. (org.). *Justiça*: reflexões sobre caminhos além do Judiciário. São Paulo: Editora CLA Cultural, 2022, p. 31.

[4]CAPPELLETTI, M. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*, vol. 61, 1991, p. 144.

social surgiu há algum tempo. Oportunamente, admite-se como marco temporal inicial para a discussão, e suas aplicações práticas, a década de 1970, a qual foi marcada pelo conhecido trabalho realizado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, no revolucionário Projeto Florença de Acesso à Justiça[5].

Esse projeto, ao longo do tempo, comparou experiências de diversos países, buscando elucidar causas e soluções a diversos óbices que as pessoas (naturais e jurídicas) encontravam na concretização do acesso à justiça. Tal trabalho foi uma das bases fundamentais precursoras das relevantes reformas processuais que vieram a se consolidar nas décadas posteriores.

Ao adentrar nos principais pontos do Projeto de Florença, verifica-se que o primeiro óbice elencado pelos autores, para o acesso à justiça, é o de ordem econômica.

Segundo os pesquisadores, litigar é caro quando se leva em consideração os honorários advocatícios, taxas judiciárias, custas judiciais e demais encargos financeiros envolvidos na resolução de um conflito em juízo, especialmente para aquelas causas de menor monta envolvendo sujeitos em situação de vulnerabilidade. O que se verificou, nessa oportunidade, é que, em determinadas circunstâncias, o esforço financeiro da parte interessada para iniciar a demanda e o valor a ser despendido ao longo do processo não compensam se comparado com o resultado que poderia ser alcançado, o que gera ou um desestímulo avassalador para os pequenos litigantes ou os força a fechar acordos excessivamente desvantajosos.

Ainda em relação ao viés econômico, não se pode deixar de mencionar que a lentidão para a entrega de uma sentença definitiva também consome os recursos das partes e se revela como concausa do desestímulo na busca por tutela. A morosidade, então, abala sensivelmente a credibilidade e a confiança depositadas no Poder Judiciário e criam a percepção de que a Justiça seria inacessível. Assim, a primeira onda de acesso à justiça busca superar o obstáculo econômico.

Já a segunda onda de acesso à justiça elencada pelos autores relaciona-se com o obstáculo organizacional, ou também chamado por outros autores de geográfico, consubstanciada na dificuldade que enfrenta o indivíduo que busca sozinho a proteção de um direito que é, na verdade, coletivo ou difuso. Isso torna a posição do interessado antieconômica, semelhantemente ao que ocorre com o autor de uma pequena causa[6], porque os custos e esforços não compensariam diante de uma eventual vitória. Assim, quando temos a existência de diversos fragmentos de interesses dispersos em um vasto grupo, enfrenta-se a

---

[5] CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Reimpr. Porto Alegre: Fabris, 2002.

[6] SANTOS, G. L. Q. B. Acesso à justiça e meios alternativos de resolução de conflitos. Revista Eletrônica de Direito Processual. VOL. X, n. 10, 2012, p. 186.

dificuldade de organização desses interesses em uma mesma demanda coletiva e de escolha de um autor ideológico para representar essa massa em juízo.

O autor Leonardo Greco[7] também faz referência à barreira geográfica, destacando que a massa de pessoas afetadas pelo conflito em questão estaria dispersa em um país de proporções continentais e por isso haveria uma dificuldade de mobilização e organização de uma estratégia comum.

Por fim, a terceira onda de acesso à justiça tem como objetivo superar o obstáculo da barreira processual ou burocrática, ou seja, ainda que o indivíduo supere o obstáculo econômico e organizacional, pode ser que (i) a solução processual disponível não seja eficaz; ou (ii) haja dificuldade de estar em juízo diante de um litigante habitual. Sobre esse segundo ponto, considera-se que o litigante eventual é aquela pessoa que não possui experiência ou se encontra mais despreparada para atuar no contexto judicial. Esse litigante estaria então em desvantagem em relação aos litigantes chamados habituais, que estão familiarizados com o ambiente do tribunal.

Já o primeiro ponto faz referência à dificuldade de se estabelecer uma justiça coexistencial, na qual o contencioso judicial é apenas uma opção, por vezes residual e de última instância, diante das demais formas de resolução possíveis. Entender os limites e potencialidades dos diversos processos de solução de disputas representa um aspecto fundamental da terceira onda e dos demais debates que serão propostos a seguir.

Destaca Cappelletti que é próprio da terceira onda a escolha do método resolutivo conforme as características, exigências e particularidades do caso concreto, sendo necessário reconhecer as situações nas quais o processo judicial é "estruturalmente e funcionalmente inadequado" [8]. Diante disso, para vencer o obstáculo processual seria essencial entregar a justiça também através dos métodos autocompositivos[9].

O estudo brevemente analisado acima[10] foi, então, considerado o despertar da ciência processual para os problemas sociojurídicos enfrentados pelos mais variados países até os dias de hoje[11].

---

[7] GRECO, L. *Instituições de Processo Civil*: Introdução ao Direito Processual Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1, p. 18.

[8] CAPPELLETTI.. Op. Cit. p. 8.

[9] SANTOS. Guilherme Luis Quaresma Batista. Op. Cit.

[10] Anota-se que o movimento iniciado por Cappelletti e Garth foi tão expressivo que outros estudiosos deram continuidade à categorização de obstáculos e ondas renovatórias decorrentes dos novos desafios da contemporaneidade. Em resumo, podemos citar, por exemplo, a quarta onda renovatória, relacionada à dimensão ética e política dos direitos na capacitação dos operadores, a quinta onda, relacionada à internacionalização da

O Brasil, especificamente, no contexto histórico do século XX[12], pós ditadura militar, enfrentava muitos dos obstáculos identificados por Cappelletti e Garth, tais como de carência de Defensoria Pública estruturada, falta de recursos (materiais e humanos) nos tribunais, restrito conhecimento pela maior parte da população sobre seus próprios direitos, analfabetismo significativo[13], dentre outros óbices que tinham como consequências a baixa procura por tutela e a formação de uma litigiosidade contida.

Por isso a preocupação do Estado, naquele contexto, era a garantia de acesso aos tribunais para que as pessoas pudessem ter a oportunidade de buscar justiça. Com efeito, o período de redemocratização do país foi fortemente marcado pela sobreposição dos conceitos de acesso à justiça e acesso ao Judiciário. O texto da Constituição de 1988[14], e as consequências práticas de sua interpretação, proporcionaram uma grande evolução no que

---

proteção dos direitos humanos, e, por fim, a sexta onda renovatória que busca a incorporação da tecnologia no acesso à justiça.

[11] PINHO, H. D. B. A Releitura do Princípio do Acesso à Justiça e o Necessário Redimensionamento da Intervenção Judicial na Contemporaneidade. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 241-271, set.-dez., 2019.

[12] Sobre o contexto histórico brasileiro: "Impossível entender-se o Brasil de hoje em suas dimensões política, social, econômica e ideológica sem um retrospecto, mesmo breve, aos seus primeiros quatro séculos de história. Também impossível compreender-se os problemas da justiça hoje sem que se tenha, antes, compreendido o país em que eles ocorrem. Somos um país politicamente autocrático, centralizador e elitista. Sofremos do mal da ausência de uma classe média significativa nos quatro primeiros séculos de nossa história, como também de um proletariado que se tenha organizado a partir de suas raízes e por força de sua própria combatividade. O século XIX foi o século da integração do imigrante, da expansão da classe média nacional e do aparecimento dos primeiros segmentos do proletariado com alguma significação. Essa classe média surgente, entretanto, inseriu-se numa estrutura pouco vocacionada para favorecer a participação, tanto política quanto econômica, pelo que ela, classe média, se tornou cartorialista e dependente, tanto do setor público como dos setores empresariais, predominantemente latifundiários, monocultores e exportadores. Quanto ao setor operário, ao adquirir alguma significação (por volta do primeiro quarto do século XX), foi cooptado pelo sistema de poder oriundo da revolução de 1930, liderado pelo carismático Getúlio Vargas, acentuadamente paternalista, que outorgou, formalmente, uma série de vantagens para os trabalhadores urbanos, organizando-os em sindicatos controlados tanto por meios diretos (vínculos legais) como indiretos (peleguismo) pelo Estado. Disso resultou sua desmobilização para uma autêntica luta reivindicatória e participação política. Somos, portanto, um povo que fez sua história com escassa participação popular. Acostumamo-nos a aguardar sempre as decisões do Estado, vale dizer, das elites dominantes. Falta-nos, como povo, a iniciativa, ajustando-nos ao que é imposto de cima para baixo, por força de nossa incipiente formação e informação pública. São bem frágeis, entre nós, o sentimento de solidariedade social, de dever de participação comunitária e a consciência da necessidade de se organizar para obter. Se somos cordiais em termos de relacionamento individual, somos quase cruéis em termos de relacionamento social. Só agora nesta segunda metade do século XX e acentuadamente nos últimos 10 anos, sente-se que algo está mudando nas bases, já se podendo ter esperanças de um amanhã diferente, mesmo que não muito imediato. O retrocesso social que representou ü sistema de poder instaurado em 1964, feriu muito fundo o povo brasileiro, conscientizando-o de que ele e somente ele poderá ser o autor de sua própria libertação". PASSOS, José Joaquim Calmon de. O problema do acesso à justiça no Brasil. Revista de Processo. Revista de Processo. vol. 39/1985. Jul-Set 1985. pp. 78.

[13] Conforme Tabela 2 do Mapa do Analfabetismo no Brasil, a taxa de analfabetismo em 1980 era de 25,9% da população brasileira de 15 anos ou mais. INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. Mapa do Analfabetismo no Brasil. Disponível em: https://www.gov.br/inep/pt-br/centrais-de-conteudo/acervo-linha-editorial/publicacoes-institucionais/estatisticas-e-indicadores-educacionais/mapa-do-analfabetismo-no- brasil Acesso em 22/12/2022.

[14] BRASIL, CRFB. ART. 5 XXXV.

tange a aproximação entre a população e a busca por tutela através do Estado, e o desenvolvimento do chamado Direito Processual Constitucional. A teoria da constitucionalização do Direito Processual definiu um arcabouço de garantias processuais que fundamentam até hoje "a interpretação e a aplicação das leis processuais e a conduta de todos os personagens do processo"[15]. Não só isso, o filtro constitucional também foi uma demanda social de atualização do processo à nova realidade democrática recém instaurada no país e permitiu a sua legitimação enquanto instrumento de entrega da tutela ao jurisdicionado.

Assim, o que representou a grande novidade no campo da ciência processual brasileira, na segunda metade do século XX, foi a constitucionalização do processo decorrente dos ganhos democráticos obtidos e da maior participação das pessoas e instituições nas decisões[16]. Diversas garantias como o devido processo legal, o direito de ação e a duração razoável do processo foram elevados à categoria de direitos fundamentais e passaram a constituir deveres do Estado-juiz[17].

Contudo, esse alargamento de portas do Judiciário, com a facilitação do ajuizamento de demandas, em conjunto com a confusão conceitual entre acesso à justiça e acesso ao Judiciário, contribuiu significativamente para um cenário de aumento vertiginoso de demandas pelos serviços judiciais e crise na oferta de justiça[18]. O desequilíbrio entre a

---

[15] Ibid.

[16] "O fator de maior importância e relevo na conceituação do processo constitucional lato sensu, por outro lado, está na sua maior amplitude frente às tratativas da ciência normal. Aponta-se que o processo constitucional não se limita à jurisdição constitucional stricto sensu do controle de constitucionalidade das normas e atos normativos; pelo contrário, é preciso alargar esse conceito para que a constitucionalização do processo seja exercida a pleno, em toda a sua extensão. Nesse sentido, é imprescindível revelar o conteúdo ideológico do direito constitucional e do constitucionalismo, bem como, atrelar essa influência de direito material e processual aos conceitos estruturais do direito processual: jurisdição, ação e processo." ZANETI JUNIOR, H. *A Constitucionalização do Processo*: A Virada Do Paradigma Racional E Político No Processo Civil Brasileiro Do Estado Democrático Constitucional. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 102.

[17] "Entendida como norma de conduta institucional do Estado o "constitucionalismo" é a grande ideologia vitoriosa do século XX. A grande questão, portanto, está no reconhecimento do que Hesse denominou: força normativa da Constituição (consubstanciada na "vontade de Constituição"). Dado esse primeiro passo, a identificação entre uma ideologia subjacente ao estudo dos problemas processuais e aplicação desta orientação na prática processual passa a ser necessariamente haurida da norma constitucional. ZANETI JUNIOR. Ibidem. p. 249.

[18]De acordo com o relatório Justiça em Números, no ano de 2003 o número de casos novos foi de 382.378. . O relatório do ano de 2008 indicou que o número de casos novos foi de 12.250.758. O relatório do ano de 2013, por sua vez, indicou 16.714.154 de casos novos. Os relatórios dos anos seguintes demonstram o crescente aumento da demanda por justiça. Ao mesmo tempo, o que se verifica é que a oferta do serviço de "resolução dos casos" não conseguiu aumentar na mesma intensidade, gerando uma taxa de congestionamento significativa. Destaca-se que "a taxa de congestionamento mede o percentual de processos que ficaram represados sem solução, comparativamente ao total tramitado no período de um ano. Quanto maior o índice, maior a dificuldade do tribunal em lidar com seu estoque de processos" (Justiça em números 2022, página 125-126). O relatório do ano de 2022 constatou o ingresso de 12.600.713 casos novos de 1º grau na Justiça Estadual e uma taxa de

capacidade de entrega de serviços judiciários e a alta demanda por eles ocasionou um congestionamento no andamento dos processos, que se agrava mais a cada ano.

Segundo Rodolfo Mancuso, esse contexto reflete uma leitura "exacerbada e irrealista" dos princípios constitucionais do acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição[19]. Tal leitura se configura como uma liberação generalizada e incondicionada de oferta de justiça estatal a qualquer violação de direito, resultando numa "promessa que nenhum Estado de Direito consegue cumprir"[20].

Defende o autor que a leitura mais apropriada seria aquela que condiciona o julgamento do mérito a pressupostos robustos e a inocorrência de certos impedimentos, como a litispendência, por exemplo, sujeitando o prosseguimento da ação a elementos de contenção. Na ausência do cumprimento dos requisitos, caberia uma simples apreciação do pedido, sem decisão sobre o mérito[21]. Ou seja, seria a reunião de certos elementos que permite que o juiz receba aquela demanda e se pronuncie sobre ela em forma de sentença definitiva.

Nas palavras de Flávia Hill, "muito se passou nos mais de trinta anos que nos separam daquele momento histórico, a ponto de, hoje, nos ressentirmos precisamente do que poderíamos classificar como "efeitos colaterais" decorrentes da desejável vitória dos óbices ao acesso ao Poder Judiciário."[22]

A morosidade, a lentidão e a insatisfação com as respostas judiciais afastaram novamente os cidadãos do acesso à justiça, instigando o movimento de releitura deste princípio. Sobre esse ponto, assevera Rodolfo Mancuso no sentido de que a expressão acesso à justiça não deveria ser reduzida a uma garantia retórica ou a uma oferta generalizada e incondicionada de serviço judicial, mas deve passar por uma releitura a fim de que se mantenha atual e aderente à realidade sócio-político-econômica contemporânea[23].

---

congestionamento de 74,2%. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em -numeros/> Acesso em: 01/05/2022.

[19] Pensamos que a facilitação do acesso ao judiciário, apesar de não ser a única razão para o excesso de ajuizamento de pedidos, colaborou imensamente para tal cenário.

[20] MANCUSO. Op. Cit. P. 82

[21] "(...) a garantia não implica no compromisso ou engajamento de que os históricos de lesão sofrida ou temida serão resolvidos em seu mérito". MANCUSO. Op. Cit. P. 80.

[22] HILL, F. P. Desjudicialização e Acesso à Justiça Além dos Tribunais: pela Concepção de um Devido Processo Legal Extrajudicial. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Ano 15, Volume 22, Número 1, Janeiro a Abril de 2021.

[23] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos. 3 ed. Salvador: editora JusPodvm, 2020. p. 75.

Assim, explica o autor que a ampliação do conceito de acesso à justiça para um direito que vai além do ingresso nos órgãos judiciais e da aplicação da norma à vida prática se tornou um novo paradigma para os processualistas[24].

O conceito de jurisdição igualmente deixa de estar tão estreitamente correlato à ideia de Poder Soberano do Estado e passa a aderir à noção de função[25], em que o Estado Social de Direito tem como dever a promoção da resolução justa dos conflitos.

O panorama das últimas décadas, portanto, chamou atenção para a necessidade de novos contornos do acesso à justiça. É importante encarar o excesso de contenciosidade instaurado com mais franqueza e começar a traçar novas opções para o jurisdicionado, não para reduzir o número ações em si, mas para que a função jurisdicional seja prestada adequadamente[26]. A distribuição da justiça por outras modalidades e instâncias decisórias capazes de desempenhar essa função com efetividade tem se mostrado um caminho muito

---

[24]Sobre a ampliação do conceito de jurisdição, aponta Trícia Navarro: "Mas a constante evolução do conceito de jurisdição foi além, e inclinou-se para reconhecer que o Estado não possui o seu monopólio, podendo ser exercida também fora do Poder Judiciário, ou seja, sem a presença do Estado. Ada Pellegrini Grinover, ao conceituar a jurisdição como '[...] garantia de acesso à justiça para a solução de conflitos [...]' conclui adiante que '[...] a jurisdição compreende a justiça estatal, a justiça arbitral e a justiça consensual [...]'. Essa atualização do conceito de jurisdição e a sua abertura para outros métodos e ambientes legítimos de resolução de conflitos ensejou questionamento acerca das qualidades da jurisdição acima indicadas - expressão do poder estatal, função e atividade - ou seja, se foram afetadas pela descentralização do exercício da jurisdição, antes considerado pertencente somente ao Estado. A resposta é positiva. [...] Em conclusão, pode-se dizer que a jurisdição contemporânea sofreu alterações substanciais desde a sua concepção original e atualmente compreende outros ambientes e outras formas de resolução de conflitos, tendo evoluído, ainda, para um novo formato de processo civil, em que as partes possuem maior disponibilidade sob o objeto processual, harmonizando, assim, a sua atuação com a do juiz, mas sem descaracterizar a natureza pública do processo." CABRAL, T. N. X. *Limites da liberdade processual*. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 47.

[25] "Reconhecendo que a atual compreensão da teoria da separação de poderes consiste, no fundo, numa separação funcional, ou seja, numa mera divisão de trabalho, e, mais, considerando que dita construção teórica deve também estar voltada para o aumento da eficiência do Estado, deve o legislador ficar atento no momento em que for definir as competências dos órgãos para o julgamento das diversas matérias no âmbito estatal, sobretudo aquelas que envolvem expertise no seu trato. (...) O princípio da separação de poderes (rectius: funções), numa visão mais contemporânea, também não deve admitir uma divisão estanque nem no que diz respeito aos órgãos, nem no tocante às funções a serem exercidas, tal como foi delineado na configuração da tripartição clássica. Como se disse acima, há uma grande tendência de se buscar mecanismos adequados para que a atividade estatal seja eficientemente executada e controlada." SOUSA, Op. Cit.. p. 56-58.

[26] "Conforme destacado pelo jurista uruguaio, potencializando-se o uso dos métodos alternativos, à esfera judicial ficariam reservadas apenas as causas de maior interesse para o próprio Estado, circunstância que facilitaria na aceleração e na diminuição dos processos em trâmite nos tribunais. Considerando também que grande parcela da
população tinha dificuldade de obter o acesso à justiça tradicional, afirmava Enrique Vescovi que o uso dos métodos alternativos teria o condão de permitir que o consumidor do serviço resolvesse diretamente o problema, obtendo o tão alcandorado acesso à justiça. Por fim, depois de destacar a qualidade da justiça obtida através do uso dos meios alternativos, já prenunciava o jurista: os métodos alternativos, rigorosamente, não são alternativos, mas, sim, essenciais. O método residual, ou seja, o realmente alternativo, é a justiça tradicional." SOUSA, R. F. M. *A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB 88, art. 5º, XXXV)*. Op. Cit. p. 30.

promissor, alicerçando a lógica de um novo sistema de resolução de conflitos coexistencial e pluriprocessual.

1.1. Identificação dos subprincípios que compõem o núcleo essencial do acesso à justiça

Diante desse novo cenário, repousamos novamente os olhares sobre o aspecto semântico do acesso à justiça, a fim de que seja identificado o seu núcleo essencial. Nesse ponto, importante se faz destacar a obra de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, que reconheceu a relatividade do sentido da expressão "acesso à justiça" a uma determinada circunstância sociocultural e buscou delimitar o seu núcleo através da apresentação de quatro subprincípios derivados daquele[27].

São eles: acessibilidade, operosidade, utilidade e proporcionalidade.

A acessibilidade significa a capacidade de os sujeitos buscarem a efetivação de um direito, operando adequadamente os instrumentos processuais disponíveis. Para que a acessibilidade seja viável é preciso que (i) esse sujeito tenha informação sobre o que pode ser reclamado e quais pretensões podem ser juridicamente tuteladas; (ii) sobre quem é a pessoa mais adequada para a perseguir essa pretensão, que nem sempre será o próprio titular do direito material; e que (iii) existam mecanismos de natureza financeira que regulem os custos e demandem menor esforço econômico daqueles em situação de maior vulnerabilidade.

O princípio da acessibilidade, apesar de se referir, em uma primeira análise, à possibilidade de o indivíduo estar em juízo, também se estende à concepção de alargamento quantitativo e qualitativo dos meios disponibilizados para a resolução das disputas. "Quer dizer, o Judiciário como órgão presente e atuante, ao lado das demais vias de promoção do justo, não mais como órgão único, ou primeiro, mas ainda como órgão último da proteção dos princípios fundamentais"[28].

A operosidade é o princípio que requer das pessoas envolvidas na prestação de serviço judicial ou extrajudicial uma atitude produtiva e laboriosa. Nesse contexto, o professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro destaca a atuação ética do juiz e dos advogados, e a utilização correta dos instrumentos processuais disponíveis. Esse é o princípio que demanda a união entre a melhor técnica e a ética na condução dos processos. A operosidade dá respaldo ao preceito da

---

[27]CARNEIRO, P. C. P. *Acesso à justiça*: juizados especiais cíveis e ação civil pública: Uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 65.

[28] OLIVEIRA. D. O. Uma releitura do princípio do acesso à justiça e a ideia da desjudicialização. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Volume XI, 2013, p. 10.

adequação dos procedimentos e, ainda, permite a responsabilização dos operadores por "improbidade processual"[29], destacando-se que, por vezes, a desjudicialização, por exemplo, deve ser apresentada como a melhor técnica.

O princípio da utilidade significa que o processo deve ser capaz de entregar o direito material àquele que deve recebê-lo. Dentro das reflexões sobre esse princípio é feita uma ressalva acerca do binômio segurança *versus* celeridade. Apesar do aparente dilema, diz o professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro que "a rapidez, sem dúvida, deve ser priorizada, com o mínimo de sacrifício da segurança dos julgados"[30]. Isso porque o aumento da segurança não gera maior justiça nos resultados, enquanto, por outro lado, quanto maior o tempo de demora, menor é a utilidade do processo. Nesse ponto, vale dizer que, por vezes, ambientes extrajudiciais, teoricamente menos seguros, visto que mais distantes das amarras processuais previstas para o espaço judicial, entregam resultados mais satisfatórios e em menos tempo e por isso preenchem o princípio da utilidade.

Por último, discorre-se sobre o princípio da proporcionalidade, que significa uma ponderação justa e razoável entre escolhas e tomadas de decisão que precisam ser feitas ao longo da resolução do conflito. No trabalho de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro são citados inúmeros exemplos de situações em que é necessário sopesar princípios, regras, procedimentos, para decidir qual conduta de fato possibilitará que a justiça seja entregue. A proporcionalidade é o elemento subjetivo que influencia a atividade jurisdicional agindo como uma verdadeira dosagem de valores.

A organização desses quatro subprincípios nos permite perceber que a ideia central do acesso à justiça está em absoluta consonância com a concepção contemporânea de um sistema de justiça múltiplo[31], isto é um sistema que dispõe de variedade de caminhos legítimos ativamente utilizados para a resolução das controvérsias.

---

[29] Ibidem.

[30] CARNEIRO. Op. Cit

[31] OLIVEIRA. D. O. Uma releitura do princípio do acesso à justiça e a ideia da desjudicialização. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Volume XI, 2013.

1.2. Acesso à justiça no CPC/15: novas perspectivas para a composição dos conflitos

O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 3º, traz redação muito semelhante à do artigo 5º, XXXV, da Constituição de 1988, salvo pela utilização da expressão "apreciação jurisdicional" no lugar de "apreciação do Poder Judiciário".

Tal distinção ratifica que o acesso à justiça não deve ser interpretado como acesso ao Poder Judiciário, mas sim a um sistema amplo, composto por métodos judiciais, extrajudiciais e instituições públicas e privadas dotados de capacidade para entregar tutela jurisdicional e escolhidos segundo o critério da adequação. Nesse sentido, conforme apontam Benigna Araujo Teixeira Maia e Camila Victorazzi Martta, o Código de Processo Civil de 2015 se harmoniza com as ideias de Cappelletti e Garth em relação à superação do obstáculo processual na medida em que reconhece que o processo judicial, em muitas circunstâncias, não é a via mais apropriada e efetiva de resolução[32].

O artigo 3º do CPC vai mais além, determinando em seus parágrafos 2º e 3º a preferência da solução consensual[33]. A localização desses comandos legais no início do código indica para o intérprete qual o novo prisma estrutural da resolução de conflitos que irá inspirar a leitura de todos os demais comandos: a autocomposição deve ser promovida sempre que possível. Observa-se a opção legislativa de alteração da sistemática do Direito Processual para a inclusão anteposta de elementos de diálogo e consensualidade no exercício da jurisdição.

Tamanha é a prioridade dada à autocomposição que o Código estabelece que, mesmo que o conflito seja eventualmente colocado na esteira do processo judicial, ainda assim a busca da solução consensual deverá ser estimulada. Isto é, mesmo no curso do processo judicial, as partes envolvidas devem continuar buscando a utilização de métodos que entreguem a solução de forma consensual.

Sendo assim, fica clara a compreensão da via judicial como um caminho residual. Ilustrativamente, pode-se dizer que a composição judicial dos conflitos deve ser restrita a casos em que sua natureza impõe inegavelmente a passagem pelo Judiciário, como conflitos que já foram submetidos a outros órgãos extrajudiciais e necessitam de revisão judicial ou

---

[32]MAIA, Benigna Araújo Teixeira. MARTTA, Camila Victorazzi. Releitura do Acesso à Justiça Após o Advento do CPC/15. In: MAIA, B. A. T.; BORGES, F. G. S; HILL, F. P.; RIBEIRO, F. P.; PEIXOTO, R. C. V. *Acesso à justiça*: um novo olhar a partir do Código de Processo Civil de 2015. Londrina, PR: Thoth, 2021, p. 49.

[33]BRASIL. Código de Processo Civil. 2015. Art. 3º§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

nos quais não foi possível uma composição negociada, dentre outros nos quais inequivocamente é mais adequado começar pelo Poder Judiciário[34].

Dessa forma, a porta do Judiciário está sempre aberta, mas o reconhecimento de sua subsidiariedade, nos termos do Código de Processo Civil de 2015, impõe que o processamento da demanda até a entrega da resolução integral do mérito seja condicionado a determinadas circunstâncias que garantam que o direito de ação seja de fato adequadamente exercido e o processo judicial, útil.

O CPC/15, enquanto resultado de uma conjuntura social pós moderna, reflete um novo posicionamento perante a composição dos conflitos e o acesso à justiça, qual seja, a colocação do Poder Judiciário como cláusula de reserva. Este ordenamento alerta os processualistas de que a sociedade possui novas expectativas sobre o Sistema de Justiça brasileiro[35] e que nem tudo pode ser submetido ao "convencionalismo de uma decisão judicial"[36]. Por isso, o estudo do condicionamento mais rigoroso do acesso ao Poder Judiciário é muito pertinente.

Analisemos essa questão, porém, com cautela, haja vista que a realidade social brasileira ainda conta com uma enorme porcentagem de pessoas em situação de vulnerabilidade e à margem dos mecanismos de proteção de direitos. A criação de novas condições para o acesso ao Judiciário, sem que sejam criados outros espaços de acessibilidade, informação e facilitação de natureza financeira e material na busca por resolução de conflitos pode eventualmente acabar por deixar boa parte dos jurisdicionados sem qualquer opção.

Ou seja, não se trata de blindar o espaço judicial, mas de fomentar a criação de outros espaços de oferta de justiça, adequados às demandas e acessíveis também às camadas sociais mais desfavorecidas, com a disponibilização de procedimentos extrajudiciais tão efetivos que

---

[34]"O acesso à justiça deve, assim, desvestir-se dos excessos que o têm feito operar como um perigoso convite à demanda para, realisticamente, reduzir-se um cláusula de reserva, uma oferta residual, operante num renovado ambiente judiciário, plasmado sob duas premissas: (i) os conflitos - inter ou plurissubjetivos - constituem um mal em si mesmos, nisso que acirram a litigiosidade, esgarçam o tecido social, fomentam a cultura demandista e, ao final, engendram os males de um superdimensionamento do judiciário; (ii) tais conflitos devem ter solução justa, num bom equilíbrio entre custo e benefício, e serem dirimidos em tempo razoável, mas não necessariamente pela via judicial, senão que também - e em certos casos até preferivelmente - por meio dos chamados equivalentes jurisdicionais, tais as formas alternativas de solução de conflitos, nas várias modalidades de auto e heterocomposição." MANCUSO. Op. Cit. P. 83.

[35] "Portanto, o trabalho do processualista não está nunca acabado. Estamos sempre *in itinere*, a caminho, em busca de um sistema de justiça que esteja apto a alcançar resultados mais adequados, justos, efetivos e consentâneos com as expectativas de seus destinatários em cada momento histórico." HILL, F. P. Utopia e Realidade: O CPC/2015 e o novo perfil de atuação dos operadores do Direito. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 22, nº 1576, 08 de Março de 2022.

[36]NALINI, J. R. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 100.

deslegitimem a busca inicial pelo processo judicial. Nas palavras de Fernando Gajardoni, o que se propugna aqui é o uso responsável do sistema de justiça[37].

1.3. A opção legislativa de institucionalizar a autocomposição

No intuito de fomentar a composição dos conflitos de forma para além da sentença judicial, observa-se um movimento de incorporação de outros métodos de resolução pelos tribunais[38], como ocorreu no caso da conciliação e da mediação[39]. É o que se observa no comando legal do artigo 334 do CPC/15[40], no qual se estabeleceu uma obrigatoriedade, ainda que mitigada, de tentativa autocompositiva. No entanto, essa situação vem apresentando resultados um tanto distantes daqueles esperados.

Humberto Dalla e Michele Paumgartten sustentam que a institucionalização dos métodos adequados corrobora com a concepção de que o Poder Judiciário seria o único capaz de solucionar conflitos de forma eficaz[41].

Para Carlos Alberto de Salles tal estruturação relembra a figura do Leviatã, criada por Thomas Hobbes. O autor traz uma interessante crítica sobre a escolha brasileira de colocar os métodos adequados de resolução de conflitos dentro do ambiente judicial. Em tom questionador, aponta o autor que continuamos optando pela proteção do Estado quando

---

[37]GAJARDONI, F. F. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério: uma proposta de releitura do princípio do acesso à justiça à luz do CPC/15. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Ano 14, vol. 21, n. 2, maio a agosto de 2020.

[38] Sobre a institucionalização da mediação: "A onipresença da mediação nos Tribunais e nos códigos de processo é um paradoxo, pois a mediação perde cada vez mais a sua identidade, passa a adquirir semelhança com a adjudicação, com normas de aplicação; os juízes passam a evitar o julgamento de casos e se tornam cada vez mais mediadores, cenário que se afasta do conceito tradicional da mediação como um processo primordialmente relacional. Um processo privado se instalando num ambiente público, sendo consumido por regras e por uma concepção instrumentalista que vem a servir apenas à administração da justiça". PAUMGARTTEN, M. P.; PINHO, H. D. B. Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Volume XI, 2013.

[39]"Os meios alternativos de solução de conflitos, hoje, fazem parte do próprio processo, o que ocorre nas mediações e conciliações intraprocessuais, ou nas anexas (as promovidas fora do iter processual, mas em função de processos ajuizados, por um órgão encarregado disso - v.g., Setores de Conciliação de 2º Grau ou 1º Grau, no Estado de São Paulo, hoje transformados em Cejusc). Ou podem ser organizados sem qualquer vínculo com o processo, como está ocorrendo nos chamados CEJUSCS (Centros de Resolução de Conflitos e Cidadania), que estão sendo organizados em todo país, com base na resolução 125 do CNJ. Há, também, os meios alternativos organizados fora do judiciário, pelas Câmaras de Arbitragem, Mediação e Conciliação das organizações privadas ou por entes públicos (Defensoria Pública, Ministérios Público, Procuradorias do Estado ou dos Municípios, etc)." WATANABE, K. "Acesso à justiça e solução pacífica dos conflitos de interesses". In: ZANETI JUNIOR, H.; CABRAL, T. N. X. (orgs.). *Justiça Multiportas*. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 840.

[40]BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. "Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência."

[41] Ibidem.

poderíamos estar explorando o exercício da comunicação humana e da autonomia da vontade. A esse movimento é dado o nome de "estatismo", explicando-se que ele se origina de um entendimento desacertado sobre os custos dos métodos adequados e de uma superestimação da capacidade do Poder Judiciário[42].

A verdade é que a composição de soluções negociadas possui o mesmo nível, ou mais, de complexidade das soluções adjudicadas. É um trabalho jurídico de altíssima tecnicidade cujo preço deve corresponder à extensão qualitativa e quantitativa do serviço.

Destaca Salles que oferecer um serviço eficiente de facilitação de diálogos e espaços de negociação assistida tem de fato um custo significativo que aparentemente não vem sendo levado em consideração. É necessário, por exemplo, investir em infraestrutura coerente com os propósitos desses métodos, formação de qualidade de profissionais especializados em construção de consenso, além de retribuir apropriadamente esses profissionais pelo trabalho prestado. Assim, apesar de a autocomposição apresentar relativamente um custo mais baixo do que outros métodos, isso não significa que ela seja barata.

Além disso, não seria pertinente contar apenas com a incorporação da autocomposição ao aparato estatal para a disponibilização dessa função à sociedade, sendo necessária a busca da realização do consenso também, e principalmente, no âmbito extrajudicial[43]. Para dar suporte a essa afirmação, apresentam-se os seguintes dados da pesquisa realizada em 2016, na Universidade de São Paulo - USP, por Fernando Hideki Mendonça:

> Tratam-se de 50 (cinquenta) decisões prolatadas pelos juízes de primeira instância no exato momento em que estes, verificando que a petição inicial preenche os requisitos essenciais e que não seria o caso de improcedência liminar do pedido, pronunciaram-se sobre a designação ou não da audiência de conciliação ou mediação. Embora o número de decisões seja bastante modesto frente a enxurrada de processos que foram ajuizados neste breve tempo de vigência do novo diploma processual, acredita-se que esta análise oferece duas grandes contribuições: reflete, ainda que de maneira bastante genérica, a frequência com que estas audiências vem sendo designadas e expõe os principais argumentos que estão sendo utilizados pelos magistrados para afastar um dispositivo que, apesar de discutível do ponto de vista da conveniência e oportunidade, detém feição nitidamente mandamental. [44].

[42]SALLES, C. A. O Consenso nos Braços do Leviatã: os caminhos do judiciário brasileiro na implantação de mecanismos adequados de solução de controvérsias. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 4, n. 3, 2018, p. 218.
[43]SALLES. Ibidem, p. 217.
[44] MENDONÇA, F. H. Entrando em consenso sobre a obrigatoriedade da audiência de conciliação ou mediação preliminar. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 77.

Mendonça identificou que, das 50 decisões analisadas, apenas em 6 (seis) - equivalente a 12% (doze por cento) - foi designada a reunião de mediação prevista no artigo 334 do CPC/2015. Dos diversos motivos para a não designação, se destacaram os dois mais recorrentes: 32% (trinta e dois por cento) das decisões justificaram a não designação por motivo de "ausência de estrutura material e humana para a absorção das demandas"[45]; e 40% (quarenta por cento) dos julgados fundamentaram a não designação com fulcro no artigo 139 do CPC/2015, sustentando-se "que, se uma das obrigações do juiz é justamente a de promover a autocomposição das partes em qualquer tempo (inciso V), não há a necessidade de que a audiência consensual seja obrigatoriamente realizada após o recebimento da petição inicial", podendo-se deixar para outro momento mais oportuno. Interessante também pontuar que 12% (doze por cento) das decisões analisadas sequer mencionaram qualquer justificativa para a não aplicação do 334, o que, para o autor, é uma conduta grave já que ignora, sem fundamento, a presença do dispositivo normativo.

A pesquisa revela, ainda que em forma de um recorte pequeno, que o Poder Judiciário não só não possui os recursos suficientes para a oferta satisfatória desse serviço como também realiza uma interpretação reducionista das regras de obrigatoriedade previstas no Código de Processo Civil, o que consequentemente dificulta severamente a promoção dos métodos adequados dentro do ambiente judicial. Concorda-se com o autor Carlos Alberto de Salles quando aponta que uma interpretação mais coerente com a ordem constitucional atual traria "soluções de maior funcionalidade"[46] na medida em que consolidaria um maior respeito pela etapa do processo dedicada à autocomposição. Porém, nota o autor que a opção de se colocar os métodos adequados dentro da "porta" do Judiciário representa uma opção política, e não estritamente técnica, além de revelar uma "tradição de segurança"[47].

---

[45] MENDONÇA. Ibidem. p. 78.

[46] A respeito desse ponto, destaca-se: "Em termos mais precisos, busca-se evidenciar como a obrigatoriedade de as partes se submeterem a uma tentativa de solução consensual, não precisaria ser colocada como etapa do processo judicial, a ser realizada "dentro" do Poder Judiciário. Ao contrário, busca-se afirmar que a exigência de demonstração pelas partes de uma tentativa de solução consensual não constituiria uma violação à garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional. (...) A opção do novel código de processo poderia ter sido outra, exigindo das partes a realização e documentação de uma tentativa de solução consensual previa e externamente ao processo judicial. Para tanto, mostra-se necessário superar algumas noções limitadas e ultrapassadas quanto à garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional. (...) Assim, este trabalho toma por pressuposto a afirmação de que o conceito de inafastabilidade da tutela jurisdicional merece uma consideração diversa daquela advinda de um entendimento literal do texto constitucional, devendo ser recolocada de maneira a tornar-se mais consentâneo com as necessidades do Judiciário contemporâneo.". SALLES, C. A. O Consenso nos Braços do Leviatã: os caminhos do judiciário brasileiro na implantação de mecanismos adequados de solução de controvérsias. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 4, n. 3, 2018, p. 218.

[47] "O que se espera não é mais uma justiça marcada pelo apagamento das distâncias e das diferenças como se nunca tivessem existido, mas a nova justiça deve ter em seu núcleo celular, o equilíbrio. Ser capaz de equilíbrio, de fato, já é uma manifestação de força. O fraco, o oprimido, é incapaz de alçar-se à altura daquele que se

Trícia Navarro Xavier Cabral, em relação especificamente ao art. 334 do CPC/15, destaca que a regra sobre a realização da tentativa de autocomposição no início do procedimento judicial é cogente, e por isso não deveria depender da gestão do magistrado ou da estrutura física do Poder Judiciário. Segundo a autora, a utilização de métodos autocompositivos de resolução de conflitos é um direito subjetivo processual das partes[48], ou seja, não poderia haver escusa para a sua garantia.

Contudo, na prática, ainda se depara com muitos tribunais carentes de recursos material e humano para a realização dos processos autocompositivos e com a não designação da reunião de mediação por motivos alheios às exceções legalmente previstas. No mesmo sentido de Mendonça, Paulo Eduardo Alves da Silva e Tatyana Chiari Paravela também evidenciam, em pesquisa realizada junto ao tribunal de São Paulo, que apenas 16% (dezesseis por cento) dos processos analisados foram de fato encaminhados para a tentativa de autocomposição, com fulcro no art. 334, e as justificativas da não designação extrapolaram as hipóteses legais, por exemplo: inconveniência da reunião no início do processo, relativização da política de resolução consensual, realização de tentativa de conciliação pelo próprio juiz, garantia de uma duração razoável do processo e carência de estrutura judiciária[49].

Apesar desse cenário, não se pode negar que o mandamento do artigo 334 do CPC/15 trata de uma tentativa incipiente e intermediária de levar as partes a realizarem um primeiro

---

contrapõe a si. O reconhecimento do outro se mostra como uma virtude nobre e potente, mantendo-se assim cada qual em sua esfera de poder. Uma justiça baseada na percepção das pretensões dos outros, renunciando ao julgamento, colocando o indivíduo conscientemente no jogo e comprometido naquela negociação, desmantelando a percepção tradicional de justiça que visa mais se defender antecipadamente contra um possível voltar-se do vencedor da contenda contra si do que uma desinteressada preocupação com o terceiro. Oculta-se a preguiça daqueles que se satisfazem com a decisão imposta, compreendida numa tradição de segurança, e não se dispõem às consequências da pactuação. É dessa segurança e resignação que devemos nos desviar, na busca no real equilíbrio de forças, pois será no acordo, uma vez firmado, que florescerá a expressão da verdade, da paz, em contraposição à cólera, ao desejo de vingança e ao castigo inerentes ao homem." PAUMGARTTEN, M. P.; PINHO, H. D. B. Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Volume XI, 2013, p. 186.

[48]Destaca ainda a autora que, além das hipóteses positivadas de dispensa da mediação ou conciliação, também seria pertinente a não realização quando "as partes estipularem, extrajudicialmente, por meio de instrumento público ou particular, um pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, ou uma convenção processual para dispensar" a referida reunião. Destaca ainda a possibilidade de as partes não terem realizado a convenção de forma expressa, mas já se submetido à tentativas prévias de autocomposição, e assim informar ao juízo e requerer a não realização do ato. Conclui a autora: "Como se vê, saímos de um modelo de justiça em que só se oferecia ao jurisdicionado a solução judicial e adjudicada do conflito, para um formato em que são disponibilizados variados métodos de resolução de disputa, cada qual usando técnicas que sejam mais apropriadas para atender às peculiaridades do caso concreto. Com isso, o Poder Judiciário passa efetivamente a servir ao consumidor da justiça, e não o contrário. Muda-se a perspectiva única de decisão imposta pelo juiz, abrindo-se para a possibilidade de decisão construída pelos litigantes, por meio do seu empoderamento." CABRAL, T. N. X. *Limites da liberdade processual*. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 190-200.

[49] SILVA. P. E. A.; PARAVELA, T. C. "Algum Dia, Talvez, Se For O Caso…" - Frequência e Motivos para a Não Designação da Audiência do Artigo 334 Do CPC em Comarcas da Justiça Estadual Paulista. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 14, volume 2, número 3, 2020, p. 509-514.

movimento em prol da autocomposição e também uma oportunidade de que, ainda que uma das partes ofereça resistência, será realizada, em tese, pelo menos uma reunião informativa inicial destinada a oferecer a resolução do conflito por meio de acordo.

Assim, ao mesmo tempo que se pode constatar movimentos de emancipação da resolução de conflitos em relação à dependência do espaço judicial, também se verificam algumas involuções e passos mais tímidos (como é o caso da previsão da obrigatoriedade da tentativa de autocomposição dentro do processo judicial). Por isso é necessário que o processualismo caminhe para um sistema de convivência mais fluida entre os métodos resolutivos, extra e judiciais, sem a pretensão de que o tratamento adequado e completo se dê dentro de apenas uma via[50].

1.4. A "instrumentalidade metodológica" como pilar da construção dos métodos autocompositivos

Como se tem verificado, o Direito Processual vem sendo marcado por importantes mutações decorrentes da ressignificação do acesso à justiça e do prestígio legislativo dado à consensualidade, passando a dedicar especial atenção à autocomposição e seus mecanismos[51].

---

[50] Sobre esse ponto: "*We should situate our field, working to clarify that dispute resolution is an umbrella that encompasses the full range of mechanisms for resolving differences. A thorough study of dispute resolution must include an appreciation for traditional rights-based models (such as litigation or arbitration) in addition to models focused on nonadversarial approaches. And it should recognize that disputes do not take place against a blank slate. It is not enough to imagine what process should exist, if no background processes were already in place. Early efforts simply to graft dispute resolution onto existing right-based structures have produced as many challenges as successes. These challenges mount as one considers the myriad cultures and context into which dispute resolution mechanisms have been thrust. A complete understanding of dispute resolution requires knowing what processes work best in the context faced by the disputants.*" MOFFITT, M. L.; BORDONE, R. C.; SANDER, F. The next thirty years - Directions and Challenges in Dispute Resolution. In: *The handbook of dispute resolution*. Program On Negotiation of Harvard Law School. 2005, p. 510-511.

[51] Sobre a consensualidade, informa Tricia Navarro: "E uma das novidades implementada pelo legislador foi a abertura e o incentivo à consensualidade, na tentativa de modificar uma cultura predominantemente adversarial em nosso sistema. (...) Formou-se, portanto, no Brasil, um microssistema de métodos adequados de resolução de conflitos, com significativas mudanças de perspectiva e de possibilidades relacionadas às formas de interação do Estado com outros órgãos público ou particulares, com variadas opções de mecanismos colocados à disposição dos interessados na busca de uma solução satisfatória para as controvérsias. (...) Nesse contexto, vê-se que a forma de lidar com os conflitos vem passando por relevante mutação, atualizando, assim, o conceito de acesso à justiça, tradicionalmente vinculado à ideia única de imposição de uma sentença pelo juiz. Portanto, diante de todos esses argumentos, pode-se concluir que o ordenamento jurídico brasileiro incorporou, em definitivo, o princípio da consensualidade, que deve pautar as relações jurídicas públicas e privadas. (...) Assim, o Brasil vivencia um momento de mudanças paradigmas, de transformação da educação da combatividade para dar espaço à lógica da consensualidade. E gradualmente começa a se ver na prática forense posturas menos adversariais por parte dos advogados e menos autoritárias por parte dos juízes, ainda que muitos desses comportamentos tenham sido alterados por imposição legal, como foi o caso do art. 10. do CPC/15, que proibiu o proferimento de decisão surpresa pelo juiz, inclusive em relação às matérias cognoscíveis de ofício". CABRAL, T. N. X. *Limites da liberdade processual*. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

Conforme ensinou Ada Pellegrini Grinover, em seu último livro "Ensaio sobre a processualidade", a justiça consensual deve ser considerada um meio adequado para fornecer tutela jurisdicional[52], sendo hoje inegável a sua legitimidade enquanto meio de acesso à justiça e pacificação social[53]. Ou seja, a substitutividade (da vontade das partes) não é um atributo da jurisdição em si, mas da heterocomposição, visto que a tutela jurisdicional pode ser alcançada consensualmente[54].

A partir disso, retoma-se a noção trazida pela autora sobre a relação entre direito processual e direito material. Segundo Grinover, tal nexo deve ser compreendido a partir de uma "instrumentalidade metodológica", em que o método é construído a partir do conflito, considerando suas peculiaridades. Assim seria possível chegar a um procedimento adequado para solucionar o problema e entregar a tutela justa e efetiva[55].

A construção teórica proposta se preocupa em superar o formalismo das primeiras fases metodológicas da história do processo e possibilitar a realização da justiça, enquanto resultado prático, através de uma adequada tutela jurisdicional, seja ela estatal adjudicada ou consensual.

O momento metodológico que vivenciamos não mais se dedica preponderantemente à construção de arranjos destinados a atender à generalidade dos casos, mas a organizar as melhores condições para que a resposta processual seja mais adequada, e por isso, mais justa e efetiva. Não só isso, considera-se que a atividade do Estado seria, em regra, secundária, pois o dever primário de resolver o conflito pertence às partes no uso da sua autonomia da vontade[56], cabendo ao Estado intervir quando elas não forem bem sucedidas[57].

---

[52]GRINOVER, A. P. *Ensaio sobre a processualidade*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2018, p. 13-20.

[53]CABRAL, T. N. X. *Limites da liberdade processual*. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 182.

[54]"Se, conforme nosso pensamento, a jurisdição compreende a justiça estatal, a justiça arbitral e a justiça consensual, é evidente que fica superado o conceito clássico de jurisdição. Definida como poder, função e atividade, verifica-se que não há exercício de poder na justiça consensual, onde o conflito é dirimido exclusivamente pelas partes. Os elementos que a definiam também mudam. No estudo tradicional, os elementos principais seriam a lide, a substitutividade, a coisa julgada e a inércia. No entanto, a existência desses elementos oferece dúvidas até em relação ao processo estatal: onde estaria a lide no processo penal? E no processo civil necessário? E porque o juiz se substituiria às partes para julgar? (...) E, certamente não há lide na justiça consensual, pois não há resistência à pretensão, uma vez que ambas as partes se situam no mesmo plano para solucionar o conflito amigavelmente. Nem há substitutividade, pois são as próprias partes que atuam e o terceiro facilitador, como a própria palavra diz, é um mero auxiliar que as ajuda em relação ao estabelecimento do diálogo e ao atingimento da tutela." GRINOVER, A. P. *Ensaio sobre a processualidade*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2018, p. 19.

[55]WATANABE, K. "Acesso à justiça e solução pacífica dos conflitos de interesses". In: ZANETI JUNIOR, H.; CABRAL, T. N. X. (orgs.). *Justiça Multiportas*. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 833-842.

[56]CHIOVENDA, G. Instituições de Direito Processual Civil, Vol. II. São Paulo: Ed. Bookseller, 2a Edição, 2000, p. 17

[57] AZEVEDO, A. G. Autocomposição e processos construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados. *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*, v. 3, 2004.

Nesse cenário, a resolução dos conflitos pelos métodos autocompositivos vem ganhando muita força, principalmente no espaço extrajudicial, por conta da entrega da justiça através do olhar voltado aos elementos que compõem o conflito, do inerente espaço de flexibilidade procedimental existente para a adaptação da resposta, da elaboração de resultados mais coerentes com as necessidades das partes e do melhor direcionamento dos recursos.

Um sistema pluriprocessual de resolução de conflitos seria, então, aquele que admite a coexistência de diversos métodos, uns destinados à autocomposição e outros à heterocomposição, pré-estabelecidos ou customizados através da distribuição de diversos elementos como custos financeiros, sigilo, celeridade, manutenção do relacionamento, recorribilidade, participação de terceiros etc., de forma a se adequar à disputa[58].

Apesar das inovações teóricas e doutrinárias, persiste uma lacuna entre as novas concepções processuais trazidas e a internalização precisa para engajar o processualista na busca de respostas processuais mais adequadas.

Segundo Diego Faleck, a resposta dada à frustração da sociedade com a falta de efetividade da adjudicação estatal foi a da promessa messiânica de salvação pelos mecanismos primários de resolução, que seriam aqueles dedicados à autocomposição dos conflitos[59]. O que o autor propõe é exatamente a construção dessa ponte entre a previsão de mecanismos autocompositivos de resolução de conflitos e a construção de respostas procedimentais constitucionais, contextualizadas e de fato adequadas.

No mesmo sentido, assinala Flávia Hill ao dizer que reverberar o *slogan* da Justiça Multiportas, sem um esforço concreto na construção das novas portas, não é suficiente para alterar o nosso sistema de justiça, mantendo esse cenário ideal apenas como uma miragem[60].

---

[58]"A regulação de um sistema de solução de conflitos, por sua vez, passa por diferentes escolhas, dentre as quais: (i) a escolha do procedimento; (ii) a voluntariedade da parte em participar do processo de solução de conflitos; (iii) confidencialidade; (iv) participação de terceiros neutros e imparciais; (v) papel desses terceiros; (vi) necessidade de assistência jurídica; (vii) vinculação das partes ao resultado da tentativa de solução; (viii) possibilidade de revisão judicial da solução que for dada à controvérsia; (ix) se o procedimento será *interest-based* ou *rights-based*, ou seja, se a solução será buscada com base no melhor interesse das partes ou com base a aplicação da lei ao caso concreto; e (x) o que será objeto de estudo nesta obra, como lidar com os custos do litígio." PIMENTEL. Wilson. Acesso responsável à justiça: o impacto dos custos na decisão de litigar. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2019. Pág. 37.

[59]FALECK, D. *Manual de design de sistemas de disputas*: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

[60]HILL, F. P. Desjudicialização e Acesso à Justiça Além dos Tribunais: pela Concepção de um Devido Processo Legal Extrajudicial. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Ano 15, Volume 22, Número 1, Janeiro a Abril de 2021.

Rodolfo Mancuso também alerta que para a concretização dessa nova proposta de resolução de conflitos, fora e além do sistema adversarial é imprescindível a mudança de mentalidade dos operadores do direito[61].

A abertura aos instrumentos autocompositivos requer dos processualistas e juristas, de modo geral, mais atenção às características dos conflitos, criatividade e iniciativa, e não apenas a simples aplicação de regras. Afirma-se ainda que "ao processualista, em determinados contextos, caberá atuar como um verdadeiro alfaiate, desenhando processos sob medida para a diversidade de situações existentes. Esta é a tecnologia de ponta no direito processual, no momento metodológico em que vivemos"[62].

1.5. A criação de cultura de autocomposição e as contribuições para este fim

A ideia de uma gestão construtiva dos conflitos através da composição dos interesses das partes foi muito bem desenvolvida por Mary Parker Follet[63], autora norte-americana, considerada a precursora dos estudos sobre a teoria moderna da resolução de disputas. Já no início do século XX, Follet identificava 3 (três) principais formas de se solucionar conflitos: dominação, compromisso ou integração.

Segundo a autora, por dominação podemos entender aquela solução que é imposta sobre as partes; o compromisso se assemelha à concepção que temos de barganha, em que são realizadas múltiplas concessões até que se encontre um "meio do caminho" aceitável para as partes; já a integração seria o manuseio construtivo do conflito através da criação de novas opções e da geração de valor para que os interesses, necessidades e preocupações das partes sejam atendidas[64].

---

[61] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. Editora JusPodivm, 3 ed. Salvador. 2020. Pág. 135.

[62] FALECK, D. *Manual de design de sistemas de disputas*: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.15.

[63] *"Is there then any other method of ending conflict? There is a way beginning now to be recognized at least, and even occasionally followed: When two desires are integrated, that means that a solution has been found in which both desires have found a place, that neither side has had to sacrifice anything*." FOLLET, Mary Parker. *Constructive Conflict*. In: FOLLET, Mary Parker. GRAHAM, Pauline (ed.) *Prophet of Management: A Celebration of Writings from the 1920s*. Beard Books. Washington, D.C. 2003. p. 69.

64 "Desde os primórdios da civilização, o acesso à justiça (enquanto possibilidade de composição justa da controvérsia) sempre pôde ser concretizado pela negociação direta ou pela mediação de um terceiro. Em certo momento histórico, porém, a distribuição da justiça acabou centralizada no Poder Judiciário; nos estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, o direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma demanda. É interessante identificar em que ponto o pêndulo da história se moveu para resgatar a mediação como meio eficiente de enfrentamento de controvérsias." FALECK, D.; TARTUCE, F. Introdução histórica e modelos de mediação. Disponível em www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso em: 29 jan. 2022.

Ou seja, muito do que estudamos hoje sobre negociação baseada em princípios e resoluções autocompositivas advém do trabalho de Mary Parker Follet, realizado no início do século passado, e desde então cresce a ideia de que existem múltiplos métodos de resolução de conflitos que devem ser aplicados conforme suas características e propósitos específicos.

Outro autor relevante para esse contexto foi Frank Sander que, em 1976, revolucionou o cenário da resolução de disputas, retomando as ideias de soluções integrativas e construtivas através da negociação e do diálogo, em seu discurso "Variedades de Processos e Resolução de Disputas'[65] na Conferência *Roscoe Pound* sobre as Causas da Insatisfação Popular com a Administração da Justiça"[66].

Nesse movimento, Sander iniciou uma série de mudanças no sistema de justiça americano, tanto no setor público quanto no setor privado, com a adoção das várias formas de resolução de conflitos, inclusive com mediações obrigatórias para determinadas situações e Estados. Além da mediação, também foi um movimento propulsor da chamada "advocacia colaborativa", "justiça restaurativa" e "desenho de sistemas de disputas".

Junto com as mudanças no sistema de justiça, também foram observadas, nos anos 1980 nos Estados Unidos, mudanças acadêmicas, com a criação do Programa de Negociação de Harvard, reunindo diversos intelectuais das mais diversas áreas do conhecimento em prol do desenvolvimento desse novo processualismo. Esse programa, juntamente com seus desdobramentos acadêmicos e obras renomadas, acabou por influenciar os sistemas jurídicos de diversos países, que a partir de então também passaram a se dedicar à mudança de paradigma na resolução de disputas[67].

Sobre esse ponto, Samantha Longo e Arnoldo Wald relembram a realização do evento *Brazil Legal Symposium*[68], em abril de 2019, na *Harvard Law School*, no qual diversos temas

---

[65] SANDER, Frank. E. A. Varieties of Dispute Processing, Federal Rules Decisions, 1976.

[66] FALECK, D.; TARTUCE, F. Introdução histórica e modelos de mediação. Disponível em www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso em: 29 jan. 2022.

[67] Sobre a evolução da resolução de disputas nos Estados Unidos: *"Just thirty years after Frank Sander proposed the multi door courthouse at the Pound Conference, the landscape for dispute resolution has changed dramatically. Today, dispute resolution courses are offered in virtually all professional schools. Research centers at major universities now facilitate the development of knowledge and the application of knowledge to real-world problems. A substantial and growing number of undergraduate and professional schools now offer separate degrees focus on dispute resolution and conflict management. And more than thirty states have established separate offices of dispute resolution. Given the tremendous growth of dispute resolution as a field during recent decades, there is much to celebrate.*" MOFFITT, M. L.; BORDONE, R. C.; SANDER, F. The next thirty years - Directions and Challenges in Dispute Resolution. In: *The handbook of dispute resolution*. Program On Negotiation of Harvard Law School. 2005, p. 507.

[68] A Edição do Brazil Legal Symposium de 2022 se encontra disponível nos seguintes links: https://www.youtube.com/watch?v=u7UWko6Vy0M&t=2808s e https://www.youtube.com/watch?v= yXZiloI-9oc. Acesso em 04/05/2022.

foram tratados, dentre eles a resolução adequada/alternativa de disputas, em inglês ADR - *alternative dispute resolution*. Nessa oportunidade, alguns professores do centro de Negociação e Mediação de Harvard, como Rachel Viscomi e David Hoffman, destacaram o primoroso trabalho que é feito na universidade no que diz respeito à superação das barreiras culturais que impedem o desenvolvimento da mediação.

Também o professor Thomas Stipanowich destacou que a percepção da ineficiência de um sistema de justiça que aplica o mesmo procedimento a todas as situações foi determinante na mudança de paradigma para um sistema mais flexível e que estimulasse as soluções cooperativas[69].

Longo e Wald também ressaltam a fala categórica de Victor Schachter, fundador da *Foundation for Sustainable Rule of Law Iniciatives*, no sentido de elencar os três principais fatores que colaboraram com a disseminação dos métodos autocompositivos em regiões de cultura litigiosa: (a) relação de confiança a ser desenvolvida entre os profissionais neutros e as partes; (b) vultoso apoio e incentivo do Poder Judiciário; e (c) treinamento e informação dos advogados, principalmente no que tange à forma de cobrança de honorários para atuação em sistemas consensuais de resolução de conflitos. Schachter menciona, sobre esse último ponto, a crescente valorização no mercado americano dos profissionais com conhecimentos em métodos adequados/alternativos, haja vista a celeridade com a qual resolvem as demandas e as economias que geram para as empresas.

Já no Brasil podemos destacar como marco legal inicial da formação do Microssistema De Resolução Adequada De Conflitos a Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça[70]. Contudo, após mais de 10 anos desse marco legal, ainda é necessário se perguntar qual é de fato o papel da normatização da autocomposição e o potencial dessas regras em relação à melhora qualitativa nas práticas autocompositivas.

Fernanda Tartuce nos relembra que "uma das principais funções da criação de normas sobre mediação no Brasil era contribuir para a mudança de cultura do jurisdicionado e/ou de seu advogado"[71]. Porém, o que se questiona é se a normatização tem realmente o efeito

---

[69] LONGO, S. M. WALD, A. P. A mediação nos EUA e no Brasil. Migalhas. Maio de 2019. Disponível em https://www.migalhas.com.br/depeso/302296/a-mediacao-nos-eu a-e-no-brasil. Acesso em 04/05/2022.

[70] BRASIL, Resolução Nº 125, De 29 De Novembro De 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/resolucao_125_29112010_23042014190818.pdf Acesso em 17/08/2022.

[71] TARTUCE, F.; BRANDÃO, D. Regras sobre autocomposição, mudança de mentalidade e aprimoramento de práticas judiciais. In: NETO, E. M. M. N.; MARCATO, A. C. M.; CASTRO, D. P.; TARTUCE, F.; COELHO, G. M. (orgs.). *Reflexões sobre os Cinco Anos de Vigência do Código de Processo Civil de 2015*: Estudos dos

prático de influenciar decisivamente uma concepção cultural vigente. Ao que parece, a resposta é negativa se levarmos em conta a norma isoladamente.

Destaca a autora a persistência de dois pensamentos que contribuem para a manutenção de condutas adversariais e que ainda estão fortemente enraizadas nos profissionais brasileiros: i) para alguém ganhar o outro tem que perder; ii) o conflito é resolvido pela aplicação de uma regra abstrata e geral imposta por um terceiro; ou seja, premissas opostas àquelas necessárias ao desenvolvimento da autocomposição. Nas palavras da autora:

> Para que mudanças significativas possam ocorrer em termos qualitativos, a mera existência de normas se revela insuficiente: é essencial que o profissional do Direito entenda que uma de suas principais funções é não só representar e patrocinar o cliente (como advogado, defensor e conselheiro), mas também conceber o design de um novo enquadre que dê lugar a esforços colaborativos.[72]

É claro que a positivação das regras traz algum grau de certeza e segurança em relação à aplicação de métodos consensuais e pulveriza o conhecimento sobre a existência destes. Além disso, não se pode negar que a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça contribuiu significativamente para que outros instrumentos pudessem abordar com mais propriedade e robustez o tema, como é o caso da Lei de Mediação 13.140/2015 e o CPC/15[73].

Porém, a criação de cultura demanda outros fatores, dos quais podemos destacar o investimento das instituições públicas e privadas na criação de espaços e canais extrajudiciais

---

membros do Centro de Estudos Avançados de Processo. 1. ed. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, 2021, v. 1, p. 319-331. Disponível em: www.fernandatartuce.com.br. Acesso em: 29 jan. 2022.

[72]TARTUCE, F.; BRANDÃO, D. Regras sobre autocomposição, mudança de mentalidade e aprimoramento de práticas judiciais. In: NETO, E. M. M. N.; MARCATO, A. C. M.; CASTRO, D. P.; TARTUCE, F.; COELHO, G. M. (orgs.). *Reflexões sobre os Cinco Anos de Vigência do Código de Processo Civil de 2015*: Estudos dos membros do Centro de Estudos Avançados de Processo. 1. ed. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, 2021, v. 1, p. 319-331. Disponível em: www.fernandatartuce.com.br. Acesso em: 29 jan. 2022.

[73] Sobre as normas positivas relativas aos métodos adequados, indica Tricia Navarro: "O conselho Nacional de Justiça, atento à necessidade de implementação de mecanismos adequados de solução de conflitos como forma de melhorar a justiça brasileira, editou a Resolução n. 125 de 29.11.2010, que trata da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Com o ato, o CNJ cumpriu uma importante missão de chamar para o Poder Judiciário a responsabilidade pela transformação do modelo de Justiça existente no Brasil, abrindo a discussão e as perspectivas sobre os métodos adequados de tratamento dos conflitos. Essa relevante iniciativa, embora não tenha, no primeiro momento, entusiasmado os órgãos do Poder Judiciário diante da grandiosidade estrutural demandada, desencadeou outras importantes propostas legislativas que culminaram na transformação ideológica inicialmente prevista no Brasil, passando a prestigiar a consensualidade, o que ainda está sendo assimilado pela comunidade jurídica. Registre-se que hoje há uma forte tendência mundial de se resolver os conflitos de interesses por outras vias que não a imposição de um provimento judicial, o que se confirma com a proposição, pelo Conselho da União Europeia da Diretiva n.52, de 21 de maio de 2008. (...) Essa evolução paradigmática continua influenciando diversos projetos de lei que tramitam no Congresso, seja na esfera cível, seja na penal". CABRAL, T. N. X. *Limites da liberdade processual*. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 183-184.

para resolução consensual, participação do jurisdicionado em experiências consensuais proveitosas e satisfatórias, profissionalização do mediador, mudanças na capacitação dos profissionais envolvidos, convênios com universidades, mudança de currículos escolares, formação orientada à resolução de conflitos (e não necessariamente ao processo judicial) e etc.

Uma das iniciativas legislativas impulsionada pelo contexto de incentivo à autocomposição de forma normativa foi a Proposta de Emenda à Constituição 108/2015[74], que tinha o objetivo de acrescentar um inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para estabelecer o emprego de meios extrajudiciais de solução de conflitos como um direito fundamental.

Dentre as considerações e justificativas da PEC 108/2015 destacam-se: o aumento progressivo dos processos judiciais, juntamente com a ineficácia do acesso à justiça na prática, os dados do CNJ em relação à excessiva carga de trabalho do Poder Judiciário, ausência de espaços institucionais voltados à comunicação de pessoas em conflito, necessidade de o Estado fomentar a utilização de meios extrajudiciais e a intenção de tornar o tema explícito em sede constitucional.

Não obstante a pretensão nobre dessa proposta, é necessário observar que a prática da consensualidade já é uma virtude constitucionalmente prevista, ainda que implicitamente. Senão, vejamos.

O preâmbulo da Constituição[75], apesar de não ter força normativa, traz os valores culturais orientadores e critérios interpretativos com os quais o texto deve ser lido. Assim, o comprometimento com a solução pacífica das controvérsias, conforme descrito, já é um valor supremo da sociedade brasileira e fundamento do Estado Democrático.

Além disso, o artigo 98 da CRFB determina a criação dos juizados especiais, composto por juízes togados ou togados e leigos com competência para a conciliação e a

---

[74] SENADO FEDERAL. Proposta de Emenda à Constituição n° 108, de 2015. Acrescenta inciso LXXIX ao att. 52 da Constituição Federal, para estabelecer o emprego de meios extrajudiciais de solução de conflitos como um direito fundamental. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?d m=1397910&d isposition=inline> Acesso em 17/08/2022.

[75] "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição Da República Federativa Do Brasil". BRASIL. Preâmbulo da Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

transação, e da justiça de paz, composta por cidadãos com competência para exercer atribuições conciliatórias.

O artigo 217, §2, da CRFB institui a Justiça Desportiva como instância prévia obrigatória, condicionando o ingresso no Poder Judiciário à tentativa de resolução pela via extrajudicial. A inteligência do artigo importa na definição de uma via mais adequada do que o processo judicial, pela qual o requerente deve passar primeiro. Além disso, em congruência com os princípios do acesso e da efetividade, a CRFB também estipulou um prazo máximo para que a solução administrativa seja dada. Esgotando-se o prazo, poderá a parte acionar o Poder Judiciário.

Esse cenário nos permite confirmar que a Constituição reconhece a utilização prévia da via extrajudicial quando esta se mostra mais adequada e estabelece que o acesso ao Judiciário será pertinente após a decisão administrativa ou diante da ausência de resposta em tempo razoável.

O artigo 114 da CRFB também reconhece a negociação coletiva e a arbitragem como o primeiro passo a ser tomado nos conflitos trabalhistas antes do ajuizamento do dissídio coletivo. É clara no texto a ideia de que a tentativa de resolução extrajudicial deve ser o meio primário, sendo o processo judicial uma faculdade e uma opção secundária[76].

O artigo 100, §20 da CRFB e o artigo 97, *caput*, e §8, inciso III do ADCT estipulam o pagamento por acordo direto com credores e preveem a possibilidade da criação de câmaras de conciliação nos casos em que os entes da federação estejam em mora na quitação de precatórios vencidos.

---

[76] "O Constituinte derivado considerou que o solo adequado para o tratamento dos referidos dissídios coletivos trabalhistas é a consensualidade. Diante disso, estabeleceu que somente em caso de frustração da solução consensual, exaurindo-se a fase de negociação extrajudicial, o Judiciário poderia ser acionado, exigindo, ainda, que os litigantes, embora resistentes no plano material, apresentassem, no plano processual, acordo quanto à submissão da questão ao órgão jurisdicional. Verifica-se, assim, que a solução adotada é ainda mais intensa, em termos de filtragem, que aquela existente em relação à matéria desportiva. Além da prévia utilização do meio extrajudicial, exige-se um passo adiante, ou seja, que os litigantes estejam de acordo quanto à judicialização da questão. Tratando-se de norma constitucional introduzida por reforma (Emenda Constitucional n. 45/04), apresentando-se, aparentemente, destoante dos parâmetros eleitos como válidos pelo Constituinte originário para o estabelecimento de filtros, questionou-se sua constitucionalidade, junto ao Supremo Tribunal Federal, à luz da garantia de acesso à ordem jurídica justa. Na ocasião do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade nn. 3.392-DF, 3.423-DF, 3.431-DF, 3.432 -DF e 3.520-DF, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, considerou que a exigência de prévia tentativa frustrada de autocomposição em relação ao direito material e de concordância quanto ao ajuizamento da ação não importa em ofensa à Constituição Federal. Prevaleceu o voto do Ministro Relator, no sentido de que a exigência de "mútuo acordo" não implica barreira ao regular acesso à jurisdição, consistindo em mera condição para o exercício do direito de ação." OLIVEIRA FILHO, S. D. *Interesse processual e acesso à ordem jurídica justa*: a efetiva necessidade do processo judicial como filtro válido de demandas. Tese (Doutorado em Direito), Pós-Graduação da Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021, p. 194.

Tendo em vista o contexto geral estabelecido pela Constituição, não se pode negar que a expectativa de utilização da autocomposição e da via extrajudicial existe. Somado a isso, ainda temos toda a legislação de plano infraconstitucional que também determina diversas condutas consonantes com os valores constitucionais de pacificação social. Da mesma forma segue a doutrina, colaborando significativamente para o assunto. Fernanda Tartuce[77] cita, por exemplo, a I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal[78] e a produção de enunciados de estímulo à resolução pacífica.

Oportunamente, Flavia Hill propõe a interessante reflexão sobre o manejo das novas regras por antigos operadores do Direito. O Código de Processo de 2015 foi especialmente uma virada histórica necessária, em face da insuficiência das várias mudanças pontuais legislativas que se acrescentavam ao código anterior[79], e que deu corpo às virtudes e mudanças paradigmáticas da nossa época. Porém os novos paradigmas, em especial o da autocomposição, não são autoexecutáveis, sendo imprescindível a contribuição ativa dos profissionais na incorporação desse novo *modus operandi*[80].

Assim pode-se concluir que não há uma falta de normatização da autocomposição, mas pelo contrário, uma vasta gama de fontes. Mancuso, por exemplo, utiliza o jargão "fúria legislativa" para descrever esse momento de excesso de contribuições normativas voltadas para a tentativa, quase que desesperada nas palavras do autor, de impor uma determinada cultura diferente daquela que vemos na prática.

Tal apontamento nos revela que não é raro que padrões de conduta positivados não sejam capazes de conter ou reduzir a conflituosidade geral. Mancuso ilustra esse raciocínio dizendo que os países que possuem pena de morte e penas privativas de liberdade severas em seu ordenamento costumam mesmo assim enfrentar uma alta tensão social, refletindo numa alta população carcerária.

---

[77] TARTUCE, F. *Mediação de conflitos civis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Métodos. 2018.

[78] I Jornada "Prevenção e solução extrajudicial de litígios" – 22 e 23 de agosto de 2016. Brasília – DF. Disponível em http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoriada-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios. Acesso em: 23 de julho de 2022.

[79] "Ou seja, trazendo para o Direito Processual, a edição de um novo código ocorre quando são necessárias mudanças paradigmáticas, na estrutura do Direito Processual, que mudanças legislativas pontuais não logram alcançar e espelhar." HILL, F. P. Utopia e Realidade: O CPC/2015 e o novo perfil de atuação dos operadores do Direito. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 22, nº 1576, 08 de Março de 2022.

[80] "Ou seja, trata-se antes de uma dificuldade relacionada às práticas do sistema de justiça, não tanto ao aprendizado e às performances nas técnicas de negociação, conciliação e mediação." SILVA. P. E. A.; PARAVELA, T. C. "Algum Dia, Talvez, Se For O Caso…" - Frequência e Motivos para a Não Designação da Audiência do Artigo 334 Do CPC em Comarcas da Justiça Estadual Paulista. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 14, volume 2, número 3, 2020, p. 502.

Destaca também que essas situações nos fazem inclusive pensar nas relações existentes entre a repressão normativa exagerada e o paradoxal aumento do comportamento indesejado. Isto é, quanto mais se reprime a conduta antissocial, mais ela se dissemina. As razões desses fenômenos, segundo o autor, estão relacionadas (i) ao movimento Estatal de combater apenas as consequências e não as causas das condutas, (ii) a uma presunção utópica de completude da ordem jurídica, (iii) à redução do Direito às normas pelo qual ele se expressa, dentre outros fatores que afastam o mundo formal e teórico do mundo real.

O Direito Processual, então, careceria tanto de um amadurecimento teórico-legislativo das regras já positivas quanto, e principalmente, de instrumental cognitivo e comportamental[81]. Afirma Mancuso que a superabundância de leis tende a tornar o ordenamento jurídico inefetivo e sem credibilidade social em razão da criação de um embaraço legislativo. Por isso, seria mais interessante, de certa forma, dar um passo atrás e verificar o que a nossa legislação atual já determina em relação à expectativa de comportamento das pessoas, refletindo-se sobre a conveniência da aplicação de interpretações evolutivas e consequente releitura dos dispositivos segundo novos paradigmas de atuação.

1.6. A construção de acordos e seus desafios

A Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos, iniciada pela Resolução 125/10 do CNJ, considerou como releitura do acesso à justiça a concepção de acesso à ordem jurídica justa e efetiva. Um dos principais objetivos da Resolução foi enfrentar a crise de justiça que vem se agravando desde o início do século XXI.

---

[81]Daniel Klerman e Yun-Chien Chang [JOBIM, Marco Félix. Evento Prof. Daniel Klerman e Yun-Chien Chang. YOUTUBE. 9 de ago. de 2020. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=thRb0W7H9XA Acesso em: 19/08/2022] entendem a formação da cultura consensual como um resultado das condições materiais da sociedade. Afirmam que a cultura não é algo tão determinante quando se fala em quantidade de acordos, vide o fato de que, em seu estudo empírico, os Estados Unidos foram identificados como um país com altíssima taxa de acordo, mesmo sendo uma sociedade extremamente beligerante e individualista. Ao passo que o Japão, cuja cultura é reconhecidamente direcionada à resolução pacífica dos conflitos, apresentou taxas de acordo mais baixas do que se esperava. Nesse sentido, concluem os autores que a estrutura de preparação e as diligências prévias à resolução das disputas são inicialmente responsáveis pela elevação quantitativa das taxas de acordo. Só depois de determinado ponto é que a cultura e a análise econômica do direito começam a se influenciar mutuamente. Concordamos parcialmente com as afirmações apresentadas no sentido de que, na realidade brasileira, o comportamento dos operadores do direito ainda é extremamente prejudicial à concretização do paradigma da consensualidade, superando as eventuais ausências estruturais. Vide estudo realizado por Paulo Eduardo Alves e Tatyana Paravela, demonstrando que o CEJUSC de São Paulo, cujas as instalações são as melhores e maiores do país, apresenta as mais baixas taxas de acordo, conforme relatório do Conselho Nacional de Justiça. SILVA. P. E. A.; PARAVELA, T. C. "Algum Dia, Talvez, Se For O Caso…" - Frequência e Motivos para a Não Designação da Audiência do Artigo 334 Do CPC em Comarcas da Justiça Estadual Paulista. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 14, volume 2, número 3, 2020.

Destaca Kazuo Watanabe que a estratégia instituída a partir de então para fomentar a autocomposição, e consequentemente aumentar as soluções de conflitos por meio de acordos, baseou-se primordialmente na alteração e criação de leis processuais. Ocorre que, lamenta Watanabe, essa estratégia acabou por ser insuficiente em relação ao cuidado mais detido quanto à estruturação da organização judiciária e a concreta adoção dos métodos adequados de resolução pelos processualistas e instituições. Consoante o autor, foram atacados apenas os efeitos e não as causas que desafiam a autocomposição[82].

Pontua Paula Costa e Silva que a realização de um sistema de justiça congruente com as releituras contemporâneas precisa superar impreterivelmente 3 (três) desafios: (i) repensar a competência funcional dos tribunais, reservando-os para o exercício da função de julgar perante a existência de um conflito; (ii) criar mecanismos para dissuadir fortemente a litigância inútil, qual seja, aquela que poderia ser resolvida pela autocomposição, com ganho de tempo e sem perda de benefícios reais para as partes; e (iii) incrementar os esquemas de resolução extrajudicial dos conflitos, quer seja pela heterocomposição em órgãos não estatais, quer pela autocomposição[83].

Quanto ao primeiro ponto, retoma-se a concepção sobre a necessidade de os tribunais se configurarem como uma cláusula de reserva, secundária e residual na atividade de resolução de demandas.

Já o segundo ponto se relaciona à tendência doutrinária e jurisprudencial, como será analisado mais adiante, de consentir com o condicionamento mais rigoroso do direito de ação, através da exigência de tentativa de autocomposição prévia, dentre outras tendências como as mudanças em relação a taxas e alocação de custas do processo judicial[84]. Assim, "quando o

---

[82] WATANABE, K. "Acesso à justiça e solução pacífica dos conflitos de interesses". In: ZANETI JUNIOR, H.; CABRAL, T. N. X. (orgs.). *Justiça Multiportas*. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 841.

[83] Sobre esses pontos, ressalta a autora: "Perante o custo, aparentemente exorbitante, de sistemas de justiça que, alegadamente, não funcionam, vem-se reconduzindo a competência dos tribunais ao seu núcleo duro: a resolução de litígios, com ou sem recurso necessário a esquemas prévios que permitam identificar exatamente a situação em que se impõe o exercício da função jurisdicional, ou seja, as situações em que é inelutável a prática de um ato heterônomo vinculante." SILVA, P. C. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias. In: ZANETI JUNIOR, H.; CABRAL, T. N. X. (orgs.). *Justiça Multiportas*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 785-802.

[84] De acordo com a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), em seu estudo *Judicial performance and its determinants: a cross-country perspective*, publicado em 2013, existe um "mercado da justiça" que opera segundo a lógica de oferta e demanda, sendo a oferta a quantidade de casos resolvidos e a demanda a quantidade de ações ajuizadas. Assim, quanto maior a demanda, mais escassa se torna a prestação do serviço ofertado, o que resulta em um congestionamento do sistema. Um ponto muito curioso e relevante apontado pelo referido estudo é a categorização de fatores que afetam internamente a demanda por "justiça", quais sejam: *"costs and rules for their allocation between parties Lawyers' incentives, alternative dispute resolution mechanisms, [and] degree of certainty of the law*". Então os custos e as regras de alocação fazem parte dos elementos essenciais para a concretização de um equilíbrio economicamente saudável entre oferta e

recurso à justiça oficial representa um ônus para o litigante, as soluções conciliatórias e as acomodações voluntárias de interesses opostos acontecem em grande número, a bem da paz social”[85] , ou seja, “quanto maiores forem os custos do litígio, maior será a probabilidade de autocomposição”[86] .

Em relação ao terceiro ponto, sobre o incremento dos meios extrajudiciais, há de se destacar a seguinte questão trazida por Fernando Gajardoni: para que seja possível estimular, e até mesmo exigir, alguma tentativa de criação de acordo prévia, é imprescindível um grau de eficiência e disponibilidade razoável[87]. Para o autor, a releitura do acesso à justiça pressupõe que tanto a Administração Pública quanto as empresas privadas ofereçam procedimentos satisfatórios de recepção e processamento dos pedidos dos indivíduos. Na prática, porém, ainda são raras as instituições, públicas ou privadas, que investem significativamente na construção de programas e procedimentos resolutivos internos acessíveis ao público, principalmente àqueles mais vulneráveis.

Outro grande desafio para a construção de acordos no Brasil, segundo Wilson Pimentel, é o arranjo político-econômico-normativo que impõe ao Estado subsidiar a maior parte dos custos do processo judicial. Segundo o autor, apesar de esta ser uma composição comum em muitos países, ela não pode ser tal que as partes percam o interesse em resolver os problemas por conta própria, delegando sempre essa função ao Estado, acreditando o autor ser este o caso do que acontece no Brasil[88].

Também apontado pelo autor como obstáculo é o cenário de incerteza em que estamos inseridos, seja ela quanto à lei, aos fatos, ao valor do dano, à probabilidade de êxito ou a

---

demanda no mercado da justiça, assim como os métodos alternativos de resolução de disputas e o grau de certeza do direito. GIUPPONI, G.; MORA-SANGUINETTI, J.; NUNZIATA, L.; PALUMBO, G. Judicial performance and its determinants: a cross-country perspective. *OECD Economic Policy Papers*, n.05, jun. 2013.

[85] MANCUSO. Op. Cit. P. 87.

[86] PIMENTEL, Wilson. Acesso responsável à justiça: o impacto dos custos na decisão de litigar. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2019.

[87] GAJARDONI, F. F. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério: uma proposta de releitura do princípio do acesso à justiça à luz do CPC/15. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Ano 14, vol. 21, n. 2, maio a agosto de 2020.

[88] Judicializar um conflito no Brasil, hoje, significa externalizar parte dos seus custos, na concepção econômica da expressão (Mankiw,2014, p. 184), transferindo impactos indesejados da relação entre os litigantes a terceiros que dela não participam. No caso brasileiro, embora o Judiciário tenha função que extrapola a simples solução de conflitos entre partes, cerca de 90% dos seus custos são transferidos para a sociedade, o que indica que um parcela significativa dos custos do litígio não está sendo suportada pelos litigantes. (...) É importante, quando se está diante do desenho institucional de um sistema de solução de conflitos, que se pense na criação de incentivos adequados para que as partes tentem solucionar, por si mesmas, as suas divergências. Isso não significa, como uma análise apressada pode sugerir, criar obstáculos financeiros despropositados que acabem afastando as partes do Judiciário.” PIMENTEL, Wilson. Op. Cit. p.20

maneira como o juiz vai interpretar o conflito[89]. Essa incerteza cria um verdadeiro abismo entre as crenças do demandante e do demandado sobre a realidade dos fatos e as chances no resultado do processo. Em um contexto ideal, quando as partes possuem uma noção mais realista da probabilidade de êxito, haveria muito mais espaço para o acordo[90].

Uma das razões para a incerteza, segundo Posner, é a assimetria de informações entre as partes no momento pré-processual[91]. Linda Babcock e Geroge Loewenstein também apontam que "*economist, and more specifically game theorists, typically attribute delays in settlement to incomplete information*"[92], ou seja, a falta de informações impede ou atrasada de forma significativa a criação de acordos.

Os autores explicam que a troca de informação no momento pré-processual torna os procedimentos seguintes mais úteis, frutuosos e muito menos custosos, ideia essa que se assemelha bastante à noção de cooperação pré-processual que veremos a seguir.

Percebe-se que a realização de uma espécie de *disclosure* cuidadoso e com criação de valor, instaura um ambiente favorável à autocomposição. Essas trocas aproximam os valores de reserva[93] de cada parte e aumentam a zona de possível acordo[94], reduzindo, consequentemente, a judicialização precipitada das demandas.

Importante mencionar o estudo quantitativo de Daniel Klerman e Yun-Chien Chang[95] que apresenta dados globais sobre as porcentagens de acordo e também ratifica esses elementos estruturais que desafiam a resolução dos conflitos por meio do consenso. Deste estudo em particular destacamos as seguintes conclusões: (i) os sistemas legais com origem no *common law* tendem a ter maiores taxas de acordo; (ii) a divulgação antecipada de

---

[89] Ter consciência de que a assimetria de julgamento ou de prognósticos com relação ao julgamento da disputa tem impactado direto na judicialização de conflitos realça a importância de se incrementar a previsibilidade do resultado das ações judiciais. Nada disse é inédito e não é de hoje que se diz que, enquanto a divergência doutrinária é saudável, a jurisprudencial é maléfica para fins de pacificação social. A busca pela previsibilidade passa pela compreensão dos diferentes tipos de incerteza. *Ibidem*. P. 56.

[90] Sobre a incerteza que deriva das regras e normas: "*A less obvious substantive law issue that may have a bearing on the extent of litigation that arises is whether we opt for a discretionary rule or for one that aims to fix more or less firmly the consequences that will follow upon certain facts. For example, if a statute says that marital property on divorce will be divided in the court's discretion there is likely to be far more litigation than if the rule is, as in the community property states, that such property will normally be divides 50-50. I wonder whether legislatures and law revision commissions are sufficiently aware of this aspect of their work*." SANDER, F. Varieties of Dispute Processing. In.: LEVIN, L. A.; WHEELER, R. R. The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future. St. Paul Minnesota: West Publishing CO., 1979.

[91] POSNER, R. *Economic Analysis of law*. Aspen Casebook Series. 9. ed. 2014, p. 781.

[92] BABCOCK, L.; LOEWENSTEIN, G.; ISSACHAROFF, S. Creating convergence: Debiasing biased litigants. *Law & Social Inquiry*, v. 22, n. 4, p. 913-925, 1997.

[93] Vide: MNOOKIN, R. H. *Beyond winning*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 2000.

[94] FISCHER, R.; PATTON, B.; URY, W. *Como Chegar ao Sim*. Rio de Janeiro: Editora Imago, 1994.

[95] CHANG, Yun-chien. KLERMAN, Daniel M., Settlement Around the World: Settlement Rates in the Largest Economies. Center for Law and Social Science Research Paper Series No. CLASS21-8. 2021

informações aumenta significativamente a quantidade de acordos; (iii) há uma sutil correlação entre custas judiciais e taxa de acordos, sendo possível verificar que quanto maiores as custas para litigar maior é o incentivo ao acordo.[96]

Apesar de a conjuntura brasileira atual ser percebida como modesta na produção de acordos, quando em comparação com outros países e segundo o estudo citado acima, não se pode deixar de perceber um esforço metodológico dos processualistas e especialistas em autocomposição na concretização desses conceitos quando se fala em criação de desenhos de resolução de disputas, mediação privada, ODR's e etc.

Talvez pela necessidade de se colocar no "mercado da justiça"[97] como uma opção atraente fora do judiciário, ou ainda pelo objetivo de fomentar a cultura da resolução pacífica das controvérsias, com certeza os métodos autocompositivos vem oferecendo cada vez mais processos justos e satisfatórios à população.

Hodiernamente é muito propício o exercício de repensar os "empurrões"[98] normativos e premissas de análise de satisfação que, de fato, estimulem a formação de acordos, preferencialmente no momento pré-processual, tanto para que os procedimentos seguintes sejam facilitados quanto para que as partes possam entrar em eventual disputa judicial de forma mais amadurecida.

Algumas outras ideias suscitadas pela literatura para a redução da litigiosidade e o consequente aumento da criação de acordos orbitam em torno dos elementos mencionados acima no intuito de trazer o aprimoramento da mediação extrajudicial e dos mediadores, o aumento, quantitativo e qualitativo, dos canais de atendimento internos para recebimento e processamento de pedidos juridicamente relevantes, a possibilidade concreta da utilização de câmaras privadas durante o processo judicial (seja por opção das partes ou por indicação do

---

96 "*Settlement rates vary tremendously around the world. Common law countries, such as the U.S. and Australia, have settlement rates over fifty percent, while French civil law countries have settlement rates that average below fifteen percent. Differences in settlement rates are partly explained by legal origin, litigation costs, and the timing of information sharing. Scholars should not assume settlement rates are as high as they are in the United States, and the determinants of settlement rates merit further study.*" CHANG, Yun-chien. KLERMAN, Daniel M., Settlement Around the World: Settlement Rates in the Largest Economies. Center for Law and Social Science Research Paper Series No. CLASS21-8. 2021, p. 39-40.

97 De acordo com a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), em seu estudo *Judicial performance and its determinants: a cross-country perspective*, publicado em 2013, existe um "mercado da justiça" que opera segundo a lógica de oferta e demanda, sendo a oferta a quantidade de casos resolvidos e a demanda a quantidade de ações ajuizadas. Assim, quanto maior a demanda, mais escassa se torna a prestação do serviço ofertado, o que resulta em um congestionamento do sistema. Um ponto muito curioso e relevante apontado pelo referido estudo é a categorização de fatores que afetam internamente a demanda por "justiça", quais sejam: "*costs and rules for their allocation between parties Lawyers' incentives, alternative dispute resolution mechanisms, [and] degree of certainty of the law*".

98 THALER, R.; SUSTEIN, C. *Nudge* – Improving decisions about health, wealth and happiness. Penguin, 2009.

juízo)[99], a indicação de lista de mediadores pelo próprio juiz, a criação de sanções premiais[100], o pagamento de honorários mais robustos para negociações bem sucedidas, o aumento do valor das custas para determinados litigantes repetidos, diferentes regras de alocação de custas para partes que não cooperam durante as tratativas consensuais, a utilização de inteligência artificial e tecnologias, dentre outras[101].

[99] Como exemplo, cita-se a Recomendação Nº 28 de 17/08/2018: "Ementa: Recomenda aos tribunais de justiça dos Estados e do Distrito Federal a celebração de convênios com notários e registradores do Brasil para a instalação de centros judiciários de solução de conflitos e cidadania (CEJUSCs)." BRASIL. Corregedoria Nacional da Justiça. DJe/CNJ nº 154/2018, de 20/08/2018, p.25. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2648#:~:text=Recomenda%20aos%20tribunais%20de%20justi%C3%A7a,conflitos%20e%20cidadania%20(CEJUSCs). Acesso em 18/08/2022.

[100] MAZZOLA, M. *Sanções premiais no processo civil*: Previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial. Salvador: Editora JusPodivm, 2022, p. 75.

[101] Como exemplo, cita-se o enunciado 73 da I Jornada de Direito Notarial e Registral: "Enunciado 73 – Visando a disseminar a prática da mediação e da conciliação extrajudicial, recomenda-se aos Tribunais e às Corregedorias de Justiça que promovam campanhas junto aos delegatários e à sociedade, sobre a possibilidade de o cidadão buscar os serviços extrajudiciais para a solução de seus conflitos." BRASIL. Conselho de Justiça Federal. I Jornada de Direito Notarial e Registral. 2022. Disponível em: file:///C:/Users/Beatriz/Documents/0.%20T CC%20UERJ/Enunciados%20aprovados%20SEM%20justificativa-PUBLICAC%CC%A7A%CC%83O%20 PROVISO%CC%81RIA-VF.pdf Acesso em 18/08/2022.

2 PREMISSAS PARA UM COMPORTAMENTO PRÉ-PROCESSUAL RESPONSÁVEL

Apesar dos vários desafios que o trabalho de criação de acordos encontra no Brasil, talvez o maior obstáculo ainda seja a internalização das regras e paradigmas que já existem e que apontam para novas expectativas comportamentais dos profissionais da resolução de disputas.

Acredita-se que a resposta para a hipótese proposta no presente trabalho já se encontra não só na intenção do ordenamento jurídico, mas também em alguns mandamentos normativos e jurisprudenciais já consolidados, como discorre-se a seguir.

2.1. A ampliação do conceito de interesse de agir segundo o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 631.240 – MG

Os estudos sobre resolução de disputas, no contexto brasileiro, têm se preocupado em aumentar o efetivo e igualitário acesso à ordem jurídica justa. Nessa toada, o momento de preparação para a resolução dos conflitos merece nosso destaque. O acesso à justiça realizado de forma responsável implica no manuseio consciente dos processos e permite a preservação do seu bom funcionamento, a bem de toda a sociedade.

Atuar de modo contrário pode vir a configurar arbitrariedade e abuso do direito de demandar. Segundo Gustavo Menezes, é arbitrário o demandante que não oportuniza ao demandado a chance de corrigir sua conduta e reverter eventuais prejuízos causados, bem como aquele que move um processo judicial em face de quem não ofereceu resistência[102].

No mesmo sentido, observa Michele Taruffo[103] que a proteção do direito fundamental de acesso à justiça não significa autorização para propor qualquer demanda sem um interesse legal consolidado[104] e que tal conduta configuraria abuso do direito.

---

[102]MENEZES, G. Q. T. *A fase pré-processual*: o ônus de preparação da demanda e os filtros legítimos à propositura de ações judiciais. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

[103] "*Così, la proposizione di una domanda in giudizio in una situazione in cui l'attore manca di ogni interesse giuridicamente fondato può essere considerata come um comportamento abusivo. Ancora, vari casi di condotte abusive emergono quando regole processuali vengono male applicate (cfr. specialmente Fentiman a proposito dell'ordinamento inglese), ad es. quando una parte viola o interpreta in modo errato norme processuali che avrebbe potuto apllicare correttamente usando una pur mínima diligenza o una ragionevole attenzione*". TARUFFO, M. L'abuso Del Processo: Profili Comparatistici. *Revista de Processo*, Vol. 96, 1999, p. 154.

[104]"*For instance, that I am vested with the fundamental right of access to justice does not mean that I am entitled to file any claim without any legal interest, just with the aim of harssing another person. In such a case,*

Corrobora esse raciocínio o voto proferido no julgamento do recurso extraordinário 631.240, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, sendo um importante divisor de águas em relação à matéria ora em relevo. A origem do caso foi o ajuizamento de pedido de aposentadoria feito por segurada sem a realização de um prévio requerimento administrativo junto ao INSS - Instituto Nacional do Seguro Social.

A sentença do juiz de primeiro grau foi terminativa sob a justificativa de que a ausência de prévio requerimento implicaria a ausência de pretensão resistida. A autora interpôs recurso ao Tribunal de Minas Gerais, que anulou a sentença recorrida sob o argumento de que a exigência de requerimento administrativo prévio violaria o acesso à justiça. Em sequência, foi interposto pelo INSS recurso extraordinário, o qual foi levado ao Plenário no dia 03 de setembro de 2014.

A questão discutida no acórdão versa, portanto, sobre a constitucionalidade da exigência de comprovação da necessidade de movimentação do Poder Judiciário através da demonstração da lide ou da pretensão resistida, que nesse caso se concretizaria pela prévia tentativa administrativa de resolução. Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, a exigência de alguns requisitos para o regular exercício do direito de ação é compatível com a garantia de amplo acesso ao Poder Judiciário.

Salienta-se no acórdão em questão que as condições da ação recaem sobre o regular exercício do direito, e não exatamente sobre o direito de ação em si. Isso quer dizer que, para que o Poder Judiciário saia de sua inércia e se pronuncie sobre o mérito de uma questão, é necessário o regular exercício do direito de ação. Dessa forma, entendido o prévio requerimento administrativo como elemento demonstrativo necessário do interesse de agir, restaria assentada a constitucionalidade dessa condição.

O exercício do regular direito de ação se diferencia do direito de ação na medida em que o primeiro acarreta o prosseguimento do caso até a resolução integral do mérito e o segundo se consolida com a simples provocação do Poder Judiciário. Por isso o Ministro Luís Roberto Barroso pontua que as decisões terminativas extintivas dos processos, justificadas pela ausência de interesse de agir, não violam a inafastabilidade da jurisdição, muito menos o acesso à justiça, haja vista que há uma resposta do Judiciário, mesmo que não seja de

---

it may probably said that I abuse my right of access to justice." TARUFFO, Michele. *Abuse of Procedural Rights: Comparative standars of Procedural Fairness*Kluwer Law International. 1998, p. 12.

mérito[105]. Esta seria, para o ministro, uma decorrência lógica do artigo 17 do CPC, que diz que para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade. A novidade é exatamente a definição de quais são os comportamentos capazes de demonstrar esse interesse.

No caso em análise, se concluiu que não deve o Judiciário receber, em primeira mão, pretensões que deveriam ser inicialmente requeridas extrajudicialmente, no caso concreto junto à Administração Pública. Isso porque, uma vez que o reconhecimento do direito depende de um prévio requerimento junto à administração, não se pode falar em lesão antes que esse pedido seja de fato formulado ao responsável pela concessão.

Destaca o Ministro Relator que não se pode confundir a exigência de prévio requerimento e o exaurimento das vias administrativas. Apesar de sutil, a diferença consiste em um fator temporal, haja vista que exigir o requerimento prévio levaria o interessado a aguardar uma resposta em no máximo 45 dias, enquanto o exaurimento da via administrativa poderia levar anos.

Diante disso é relevante dizer que o acórdão também confirmou que a resistência à pretensão se configura não apenas pela decisão administrativa negativa do requerido, mas também pela demora desarrazoada na entrega de resposta. Por isso não se confunde o processo administrativo com o pedido administrativo, visto que a demora de retorno por parte do requerido configura igualmente o conflito de interesse. “Satisfeitas tais circunstâncias, tem-se por cumprido o requisito da lide, uma vez que estará caracterizada a resistência, expressa ou velada, contraposta à pretensão”[106] .

A título de observação, destaca Aluisio Mendes que o próprio comando constitucional do artigo 5º inciso XXXV apresenta a “supressão da possibilidade de condicionamento do acesso à justiça ao exaurimento da via administrativa"[107] como um de seus 3 (três) aspectos principais, juntamente com a abrangência dos direitos coletivos e a garantia de proteção à ameaça ao direito. A Carta de 1988 condicionou apenas a justiça desportiva ao exaurimento das vias administrativas, por força do artigo 217, §§1º e 2º, enquanto, para as demais

---

[105] Apesar da sólida construção de raciocínio apresentada pelo ilustre ministro relator, pensamos que a sentença terminativa extintiva seria um óbice ao acesso à justiça por ausência de lei que determine essa consequência, sendo tal medida uma inovação legislativa que transcende a função de interpretar e adequar as regras a realidade social. Além disso, também argumentamos pela necessidade de se respeitar os princípios do aproveitamento dos atos processuais e primazia da resolução de mérito. O efeito de suspensão do processo para que a parte busque a realização do requerimento administrativo, sob pena de extinção em caso de inércia da parte, no atual contexto normativo, nos parece mais razoável.

[106] MENDES, A. G. C. Acesso à justiça e necessidade de prévio requerimento administrativo: o interesse como condição da ação - comentários ao recurso extraordinário nº 631.240, de relatoria do ministro Luis Roberto Barroso. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 14, volume 21, número 3, setembro a dezembro de 2020, p. 10.

[107] Ibidem.

situações, basta a demonstração da prévia tentativa extrajudicial (pedido) perante o demandado para que se configure o interesse de agir. Entende-se assim que a Constituição não impede a criação de requisitos para o acesso ao Judiciário, estando o exercício regular do direito de ação sujeito a condicionamentos.

O acórdão ora em questão também pontua que a condição da ação referente ao interesse de agir está expressa no CPC/15, em seus artigos 3º, 4º, 267, VI e 295, III, e possui três aspectos resumidos a seguir:

> 7. A *utilidade* significa que o processo deve trazer proveito para o autor, isto é, deve representar um incremento em sua esfera jurídica. Assim, por exemplo, diz-se que não tem interesse em recorrer a parte que obteve provimento totalmente favorável. Em tal hipótese, eventual recurso não será conhecido, ou seja, não terá o mérito apreciado.
>
> 8. A *adequação*, por sua vez, traduz a correspondência entre o meio processual escolhido pelo demandante e a tutela jurisdicional pretendida. Caso não observada a idoneidade do meio para atingir o fim, não pode haver pronunciamento judicial de mérito, uma vez que o requerente carece de interesse na utilização daquela via processual para os objetivos almejados. Por exemplo: caso o autor pretenda demonstrar sua incapacidade para o trabalho por prova pericial, não poderá lançar mão de mandado de segurança, ação que inadmite dilação probatória.
>
> 9. A *necessidade*, por fim, consiste na demonstração de que a atuação do Estado-Juiz é imprescindível para a satisfação da pretensão do autor. Nessa linha, uma pessoa que necessite de um medicamento não tem interesse em propor ação caso ele seja distribuído gratuitamente.[108]

Portanto, para que o juiz dê encaminhamento ao pedido ajuizado, em direção à análise do mérito, seria imprescindível a demonstração de que o processo judicial é útil, adequado e necessário para a resolução daquela demanda.

Nesse sentido, o interesse de agir tem o condão de realizar um filtro excludente de demandas, dando concretude aos princípios da economicidade e da eficiência. Esse filtro é um mecanismo necessário para a garantia do funcionamento saudável da máquina estatal na realização de sua função jurisdicional e, consequentemente, na garantia do acesso à justiça.

Aluisio Mendes, em específico, classifica o aspecto da necessidade da prestação judicial como o mais importante para a presente discussão porque esse aspecto se consolida diante da impossibilidade de alcance do resultado pretendido senão pelo Poder Judiciário. Ou seja, uma vez que o demandado oferece resistência à legítima pretensão do demandante, nasce para este último a necessidade de tutela pelo Poder Judiciário, já que este é o detentor

---

[108] STF. RE 631240/MG, Relator: Ministro ROBERTO BARROSO, Data do Julgamento: 03/09/2014. Data de Publicação: 10/11/2014

exclusivo do uso da força. Nessa situação, o uso do processo judicial é indispensável para que o interessado tenha êxito no seu pedido.

> Na linha desse raciocínio, é possível afirmar que, se não há resistência por parte do demandado, como, por exemplo, na hipótese em que o pretendente de um benefício previdenciário sequer protocolou o requerimento do benefício e não havendo qualquer manifestação prévia e contrária do instituto de seguridade apontado como réu, não se pode dizer que haja qualquer empecilho para a concessão do pretendido, não havendo razão para que a via normal administrativa seja substituída pela jurisdição.[109]

Nos casos em que a obtenção do bem da vida depende de requerimento, o acesso à justiça, segundo o autor, não pode ser tão ampliado a ponto de se desconsiderar a formação do conflito de interesses entre as partes e configurar a substituição da atividade administrativa pela judicial discricionariamente[110]. O critério de filtragem das demandas que podem ou não ser judicializadas é a necessidade, que se concretiza pela impossibilidade de o requerente alcançar o bem da vida de forma extrajudicial, de modo que o processo judicial se torna o próximo meio disponível.

A tese firmada no acórdão, portanto, deu ensejo ao seguinte enunciado: "a instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV,

---

[109] MENDES. 2020. Op. Cit.

[110] Por oportuno, destacam-se as regras de delimitação de alcance da decisão, conforme mencionadas no voto: "As principais ações previdenciárias podem ser divididas em dois grupos: (i) demandas que pretendem obter uma prestação ou vantagem inteiramente nova ao patrimônio jurídico do autor (concessão de benefício, averbação de tempo de serviço e respectiva certidão etc.); e (ii) ações que visam ao melhoramento ou à proteção de vantagem já concedida ao demandante (pedidos de revisão, conversão de benefício em modalidade mais vantajosa, restabelecimento, manutenção etc.). No primeiro grupo, como regra, exige-se a demonstração de que o interessado já levou sua pretensão ao conhecimento da Autarquia e não obteve a resposta desejada. No segundo grupo, precisamente porque já houve a inauguração da relação entre o beneficiário e a Previdência, não se faz necessário, de forma geral, que o autor provoque novamente o INSS para ingressar em juízo. (...) Assim, uma vez requerido o benefício, se for concedida uma prestação inferior à devida, está caracterizada a lesão a direito, sem que seja necessário um prévio requerimento administrativo de revisão. A redução ou supressão de benefício já concedido também caracteriza, por si só, lesão ou ameaça a direito sindicável perante o Poder Judiciário. Nestes casos, a possibilidade de postulação administrativa deve ser entendida como mera faculdade à disposição do interessado. Portanto, no primeiro grupo de ações (em que se pretende a obtenção original de uma vantagem), a falta de prévio requerimento administrativo de concessão deve implicar a extinção do processo judicial sem resolução de mérito, por ausência de interesse de agir. No segundo grupo (ações que visam ao melhoramento ou à proteção de vantagem já concedida), não é necessário prévio requerimento administrativo para ingresso em juízo, salvo se a pretensão depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração. Há, ainda, uma terceira possibilidade: não se deve exigir o prévio requerimento administrativo quando o entendimento da Autarquia Previdenciária for notoriamente contrário à pretensão do interessado. Nesses casos, o interesse em agir estará caracterizado." STF. RE 631240/MG, Relator: Ministro ROBERTO BARROSO, Data do Julgamento: 03/09/2014. Data de Publicação: 10/11/2014, p. 10-11. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938> Acesso em: 10 de março de 2022.

da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo”[111].

A título de exemplo, nota-se que o Recurso Especial nº 1.349.453[112], julgado pelo Superior Tribunal de Justiça,também corrobora o raciocínio desenvolvido acima. Nesse caso restou estabelecido que a propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários é cabível como medida preparatória a fim de instruir eventual ação principal, bastando a demonstração de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira, não atendido ou decurso de prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço.

O acórdão, cujo relator foi o Ministro Luis Felipe Salomão, aponta que o interesse de agir está consubstanciado tanto na própria ação cautelar preparatória quanto no requerimento administrativo realizado previamente à ação judicial junto à instituição financeira. Isso porque ambas as condutas prévias dão utilidade às condutas posteriores.

A decisão em análise destaca o seguinte conceito: “o interesse de agir é, em resumo, a relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido. (...) a utilidade depende da presença de dois elementos: a) necessidade concreta do exercício da jurisdição; b) adequação do provimento pedido e do procedimento escolhido à situação deduzida”[113].

Com efeito, tanto o requerimento extrajudicial de apresentação dos documentos, junto ao banco, quanto a ação cautelar preparatória seguem a mesma lógica: dar utilidade a eventual provimento judicial posterior. Isto é, elas garantem que o Judiciário não seja movimentado de maneira irresponsável porque permitem que o autor avalie a pertinência ou não do ajuizamento da ação, e preparam ambas as partes para chegarem mais informadas e amadurecidas no processo judicial.

Note-se ainda que no relatório do referido recurso foi ventilada a circunstância de que a instituição financeira se recusou a receber o pedido de exibição dos documentos administrativamente, dificultando a realização desse procedimento. Diante disso, a parte

---

[111] STF. RE 631240/MG, Relator: Ministro ROBERTO BARROSO, Data do Julgamento: 03/09/2014. Data de Publicação: 10/11/2014, p. 1. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938> Acesso em: 10 de março de 2022.

[112] STJ. Resp 1.349.453 - MS, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data do Julgamento: 10/12/2014. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7693/1/STJ%20REsp%201349453%20Recurso%20Re petitivo.pdf> Acesso em: 10 de março de 2022.

[113]DINAMARCO. C. R. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 155 e 156.

interessada fez uso da ferramenta da notificação extrajudicial, o que foi aceito como demonstração inequívoca do interesse de agir na ação cautelar preparatória.

Portanto, é possível verificar evolução na jurisprudência no sentido de "estreitar as portas" do Poder Judiciário, sem que isso reflita em qualquer violação do direito de acesso à justiça ou inafastabilidade da jurisdição.

Como último exemplo a ser citado, tem-se o Recurso Extraordinário nº 839.314[114], julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que consolida a necessidade de requerimento prévio na instância administrativa nas ações de cobrança do seguro DPVAT. Nesse caso, e em outros semelhantes, também ficou entendido que só haveria de fato pretensão resistida após a realização de uma tentativa prévia por requerimento extrajudicial.

O que se espera diante desses entendimentos, é que eles possam ser aplicados a outras situações jurídicas a fim de enobrecer e dignificar o uso de cada método de resolução de conflitos, inclusive o Poder Judiciário, e ajudar na efetivação do acesso à justiça[115].

2.2. A atual amplitude do dever de cooperação

O Código de Processo Civil estabeleceu em seu artigo 6º que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha decisão de mérito justa, efetiva e em tempo razoável. O dever de cooperação, conceituado de forma ampla, coloca o juiz, as partes, seus procuradores, Defensoria Pública, Ministério Público e demais sujeitos que venham a participar da resolução do conflito, em pé de igualdade quanto à responsabilidade com o acesso à justiça, com o processo e com o fim a qual ele se destina[116].

---

[114] STF. RE 839.314 - MA, Relator: Ministro Luiz Fux, Data do Julgamento: 10/10/2014. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7557/3/STF%20RE%20839314.pdf> Acesso em: 10 de março de 2022.

[115] Esse pensamento deflui do subprincípio da utilidade, informador do acesso à justiça, elaborado por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, quando autoriza a ampliação dos limites da coisa julgada para que produza efeitos além do caso em questão. CARNEIRO (1990), op.cit, p. 71.

[116] Sobre liberdade processual e participação cooperativa das partes de acordo com o CPC/15, aponta Tricia Navarro que: "E uma das maiores novidades do CPC/15 foi o prestígio à liberdade das partes, não apenas sobre o próprio direito substancial, mas também sobre atos processuais e sobre o próprio procedimento. Assim, o legislador pretendeu equilibrar o protagonismo do juiz com a atuação das partes, democratizando a relação processual e potencializando o princípio da cooperação entre os sujeitos processuais. (...) Nesse contexto, o processo civil contemporâneo conclama uma mudança de postura, tanto para que as partes tenham uma maior participação no desenvolvimento do processo, como para o juiz permita essa maior interferência no procedimento. Isso possibilita que as partes e o juiz atuem de forma convergente, na busca de racionalidade dos atos e efetividade do processo. Estes atores processuais certamente estranharão, num primeiro momento, essa divisão de tarefas. Mas os benefícios paulatinamente alcançados demonstrarão o acerto dessa nova concepção de processo." CABRAL, 2021. Op. Cit. P. 53.

De acordo com o Código, a cooperação é uma premissa que impõe um estado de coisas que deve ser promovido na estruturação do processo, assim como a boa-fé, o devido processo legal e o contraditório[117], considerando, para isso, a perspectiva do comportamento das partes[118]. É, então, um vetor interpretativo e orientador do processo decorrente das mudanças sociais que justificaram a criação da nova codificação em 2015[119].

Não só isso, a cooperação cumpre também a importante atribuição de organizar o papel e dividir o trabalho dos participantes da resolução do conflito de maneira mais equilibrada e democrática[120]. Por exemplo, no caso do processo judicial, o juiz não é tão protagonista como no modelo inquisitivo, nem tão passivo quanto no modelo dispositivo[121].

O modelo atual de processo denominado, por Trícia Navarro Xavier Cabral, de constitucional, vez que regido por normas e valores constitucionais, possui como uma de suas características predominantes a cooperação. A processualística decorrente do Estado Democrático de Direito e do processualismo contemporâneo dialógico e participativo requer uma atuação cooperativa de todos os sujeitos[122].

A nova mentalidade inaugurada pelo código trouxe uma verdadeira "mudança genética no processo"[123], se preocupando exatamente em dar a cada participante uma fatia significativa de compromisso com a resolução justa, efetiva e célere dos conflitos. E mais, essa mentalidade transborda e se estende a outros âmbitos que extrapolam o iter processual judicial, como discorre-se a seguir.

Indicam Flávia Hill e Humberto Dalla que o CPC/15 propõe novos paradigmas que "deverão lastrear a interpretação e a aplicação de todo o ordenamento jurídico processual civil

---

[117] NAVARRO, E. W. *Análise Econômica do Processo Civil* - Como a economia, o direito e psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais, 2019, p. 222.

[118] CABRAL, T. N. X. *Limites da liberdade processual*. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 54.

[119] MAZZOLA, Marcelo Leite da Silva. Cooperação e Operosidade - a inobservância do dever de colaboração pelo juiz como fundamento autônomo de impugnação. Dissertação Mestrado. UERJ. Rio de Janeiro, 2017. página 85

[120] "Trata-se de postura que, além de compatível com os preceitos constitucionais, acompanha a tendência que vem ocorrendo também em outros ordenamentos jurídicos. Atualmente, verifica-se que esses debates inicialmente travados na doutrina nacional e estrangeira que giravam em torno do privatismo e do publicismo no processo civil, ou seja, se o sistema deveria prestigiar mais a atuação das partes (adversarial) ou do juiz (inquisitorial) ficaram ultrapassados, uma vez que o formato ideal de processo exige a cooperação de todos os players (juiz, partes e advogados), com o propósito final de alcançar resultados mais justos, céleres e eficientes." CABRAL, T. N. X. *Limites da liberdade processual*. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 50.

[121] NAVARRO. Op. Cit.

[122] MAZZOLA. 2017. Op. Cit. P. 47

[123] CABRAL, 2021. Op. Cit. P. 58.

brasileiro, a exigir, pois, um novo perfil de atuação dos operadores do Direito”[124], sendo um dos paradigmas notadamente a cooperação. Destarte, a partir de uma interpretação sistemática do Código, elencam os autores três perspectivas da cooperação: endoprocessual, pré-processual e preterprocessual.

A primeira perspectiva, chamada endoprocessual, é aquela que observa o comportamento cooperativo dentro do processo judicial, considerando a atuação do juiz para com as partes, das partes para com o juiz e entre as próprias partes.

Oportuno notar que parte da doutrina atrela o dever de cooperação exclusivamente à atuação entre o juiz e as partes, e vice-versa[125], e não entre as próprias partes. De fato, existem imprescindíveis facetas do dever de cooperação direcionadas ao juiz, quais sejam o dever de esclarecimento, prevenção, consulta e de auxílio para com as partes[126], e da mesma forma, estão as partes obrigadas a agir com coerência e boa-fé processual. Não obstante, o argumento de que não se poderia pedir que as partes colaborem entre si, já que elas perseguem, em tese, interesses diametralmente opostos dentro do processo, deve ser revisitado.

O redimensionamento da cooperação sob o viés do processo dialógico e construtivo retira essa excessiva polarização das partes, determinando que elas cooperem para a resolução da demanda de forma justa e célere. O que não significa abrir mão de algum interesse ou ter uma conduta ingenuamente amistosa perante o conflito.

Sobre esse ponto, esclarece Trícia Navarro Xavier Cabral que a cooperação devida pelas partes entre si não se relaciona propriamente com o mérito da causa, e sim com o processo, possibilitando que os recursos, como tempo e dinheiro, sejam utilizados de maneira otimizada na busca de uma solução justa, tempestiva e efetiva (consolidando o acesso à justiça).

A base do modelo constitucional de processo requer uma conduta colaborativa e dialógica entre o juiz e as partes, bem como entre as próprias partes. “Com isso, cria-se um efetivo canal de diálogo que permite a interação de ideias, posições e argumentos. O processo outrora polarizado ganha um novo fio condutor: a dialética”[127]. A troca de informações

---

[124] HILL, F. P.; PINHO, H. D. B. Três perspectivas da cooperação a partir do código de processo civil de 2015: cooperação pré-processual, endoprocessual e preterprocessual. *Coluna REDP Expresso*, 2022. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj. br/index.php/redp/article/view/66638> Acesso em 01/05/2022.

[125] MITIDIERO. Daniel Francisco. Colaboração no Processo Civil como Prêt-a-Porter? Um convite ao Diálogo para Lenio Streck. Revista de Processo. Ano 36. Vol. 194. Abril de 2011

[126] MAZZOLA, Marcelo Leite da Silva. Cooperação e Operosidade - a inobservância do dever de colaboração pelo juiz como fundamento autônomo de impugnação. Dissertação Mestrado. UERJ. Rio de Janeiro, 2017. página 45

[127] Ibidem. P. 45.

estratégica e de boa-fé entre as partes, com a apresentação de argumentações coesas, permite que elas sejam retiradas de seus pólos para que trabalhem em conjunto na finalização do processo de forma satisfatória[128].

Não se trata, então, de uma colaboração ingênua entre as partes nem da atuação do juiz como um terapeuta social[129] mas de uma atividade de gestão compartilhada do processo para uma melhor composição do resultado, com deveres e ônus de aplicação direta e imediata. É, assim, um *standard* dotado de densidade normativa que preza pela correta administração da justiça.

Newton Pereira Ramos Neto explica que muito embora a cooperação não elimine os comportamentos conflitantes das partes, porque é inerente ao processo a divergência sobre certos interesses, ela determina um padrão de conduta engajado com os objetivos comuns[130].

No mesmo sentido pontua Irapuã Santana do Nascimento da Silva, quando afirma que cooperar é agir em conjunto e demanda uma postura ativa de todos os sujeitos processuais na concretização do acesso à justiça, como preceitua a parte final do artigo 6º do CPC/15[131]. Destaca o autor a necessidade de uma postura de fato ativa e que se movimente em prol do melhor resultado. A postura ativa mencionada se relaciona, inclusive, ao princípio da operosidade, que também exige dos participantes a conduta mais laboriosa e produtiva possível em prol de um processo justo e adequado.

Concorda com esse raciocínio Marcelo Mazzola quando diz que não haveria mais espaço no processo civil para comportamentos individualistas, já que o fortalecimento da autonomia da vontade e a participação efetiva das partes, trazidas pelo CPC/15, em sua concepção democrática, pertencem à lógica cooperativa[132].

---

[128] Nesse sentido, destaca-se os ensinamentos de Robert H. Mnookin, em seu livro Beyond Winning, que aborda a ressignificação do sucesso em relação ao resultado das disputas. Nele, o autor discorre sobre o fato de que vencer uma lide vai muito além de ter o seu interesse inicial totalmente satisfeito. Em outras palavras, sugere-se que a pacificação do conflito não se resume apenas na entrega do resultado, mas também na forma e tempo com a qual esse resultado foi entregue. E nesse ponto se coloca a cooperação como fundamento para a formação de um processo útil, satisfatório e pacificador. Mais informações em: MNOOKIN, R. H. *Beyond winning*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 2000.

[129] GREGER. R. Cooperação como princípio processual. *Revista de Processo*, vol. 206, abril de 2012.

[130] RAMOS NETO, N. P. Cooperação processual no CPC/2015: uma proposta de interpretação conforme a constituição. *Coluna ABDPRO*, agosto de 2020.

[131] "(...) para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva"

[132] MAZZOLA, M. L. S. Cooperação e Operosidade - a inobservância do dever de colaboração pelo juiz como fundamento autônomo de impugnação. Dissertação Mestrado. UERJ. Rio de Janeiro, 2017.

Concluindo esse pensamento, destaca-se que a cooperação, conforme indica Flávia Hill[133], é a adoção de condutas colaborativas que tenham como resultado o maior proveito, ou utilidade, da atuação do outro profissional, o que, da mesma forma, afasta a legitimidade de comportamentos individualistas e indica uma atuação construtiva e potencializadora para com os demais agentes envolvidos.

A segunda perspectiva da cooperação, chamada pré-processual, observa os comportamentos dos sujeitos antes do ajuizamento do pedido. Essa concepção se fundamenta em normas que determinam a movimentação responsável da máquina estatal, através de uma atuação consciente, preventiva e preparatória[134].

Gustavo Menezes corrobora com esse pensamento quando diz que é parte do trabalho de cooperação das partes para com o juízo a boa preparação da demanda pelo advogado e os interessados[135]. O diálogo pré-processual entre as partes permite a delimitação dos pontos realmente em divergência e um cálculo mais realista sobre as chances de êxito. As negociações pré-processuais, ainda que frustradas num primeiro momento, são capazes de abrir um canal e deixar uma porta aberta para que as partes voltem a dialogar em qualquer outra etapa, caso o contexto se torne favorável ao acordo.

Em especial, a tendência estabelecida pela jurisprudência dos tribunais superiores, como visto acima, concorda com o entendimento sobre a exigência de comportamentos pré-processuais que impliquem na configuração de maior utilidade do processo judicial. A

---

[133] Sobre cooperação, conclui a autora: "Sendo assim, constata-se que a cooperação ente as esferas judicial e extrajudicial, ainda tão incipiente, merece ser objeto de maior reflexão em tempos de desjudicialização crescente e de sedimentação da Justiça Multiportas. Se, nos dias atuais, a jurisdição é compartilhada, com o ingresso de novos pólos de prestação jurisdicional no centro de nosso sistema de justiça, como é o caso dos cartórios extrajudiciais, o estreitamento da cooperação entre as esferas judicial e extrajudicial se mostra não apenas recomendável, mas também premente, em prol do acesso à tutela jurisdicional efetiva e da eficiência de nosso sistema de justiça. Como dissemos linhas antes, os diferentes operadores do direito, cada qual em seu âmbito de atuação, precisam se aperceber da importância do "triplo C", de modo a desenvolver, diuturnamente e com crescente afinco, a cooperação, a complementaridade e a coordenação entre suas atuações, tendo em vista que fazemos todos parte do sistema de justiça e estamos todos à serviço do mesmo destinatário: o jurisdicionado." HILL, F. P. "A desjudicialização e o necessário incremento da cooperação entre as esferas judicial e extrajudicial. In: ALVES, Lucelia de Sena. SOARES, Carlos Henrique. FARIA, Gustavo de Castro. BORGES, Fernanda Gomes e Souza. *4 anos de vigência do Código de Processo de 2015*. Londrina: Thoth, 2020, p. 198.

[134] À título de exemplo, destacam Flávia Hill e Humberto Dalla as normas sobre produção antecipada de provas (art. 381 do CPC/15) e o posicionamento jurisprudencial atual mais exigente sobre demonstração do interesse de agir.

[135] MENEZES, G. Q. T. *A fase pré-processual*: o ônus de preparação da demanda e os filtros legítimos à propositura de ações judiciais. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

cooperação significa esse movimento de tornar os procedimentos seguintes mais proveitosos, potencializando a atuação dos demais profissionais envolvidos[136].

A cooperação preterprocessual, por fim, segundo Flávia Hill e Humberto Dalla, é aquela que se estende para fora dos muros do Poder Judiciário e recai sobre todo o Sistema de Justiça. Tal compreensão se extrai dos diversos artigos do CPC/15 que valorizam os métodos extrajudiciais consensuais, arbitrais e de desjudicialização dos procedimentos, como é o caso da delegação aos cartórios[137].

No plano institucional, também destaca Flávia Hill que a nova concepção de jurisdição[138], enquanto compartilhada pelas instituições, demanda o desenvolvimento de uma relação de cooperação, na perspectiva preterprocessual, "de modo a estreitar a rede de cooperação recíproca entre as esferas judicial e extrajudicial"[139].

Portanto, a cooperação é um paradigma que perpassa o comportamento dos operadores do direito em todos os espaços de tratamento de conflitos de forma imperativa, interferindo consideravelmente no acesso à justiça. Não se trata apenas de não prejudicar, mas de se adotar uma postura eminentemente ativa de contribuição para a resolução dos problemas.

2.3. A adequação como critério de conexão entre o caso concreto e o método de resolução do conflito

Após a análise do interesse de agir e da cooperação, passa-se para as observações sobre a adequação, finalizando o estudo desses importantes pilares legitimadores do comportamento extrajudicial e pré-processual responsável.

---

[136] HILL, F. P.; PINHO, H. D. B. Desjudicialização e atos probatórios concertados entre as esferas judicial e extrajudicial: a cooperação interinstitucional online prevista na resolução 350 do CNJ. *RJLB*, Ano 7, n. 5, 2021.

[137] Sobre os fundamentos da cooperação preterprocessual, destacam os autores: "A Resolução nº 350 do Conselho Nacional de Justiça, por seu turno, ratifica essa perspectiva, ao expandir, logo em seu artigo 1º, o conceito de cooperação judiciária, que passa a abranger a cooperação interinstitucional entre os órgãos do Poder Judiciário e outras instituições e entidades, integrantes ou não do sistema de justiça, que possam, direta ou indiretamente, contribuir para a administração da justiça. Dois enunciados da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal reafirmam a perspectiva preterprocessual da cooperação que ora propugnamos, a saber: Enunciado nº 112 - É possível o reconhecimento de litigância de má-fé na esfera arbitral. Enunciado nº 132 - Os princípios da boa-fé e da cooperação incidem sobre todo o sistema multiportas de acesso à justiça, inclusive no foro extrajudicial. A prática profissional no ambiente extrajudicial confirma a importância da cooperação preterprocessual. De fato, o comportamento dos litigantes, do Ministério Público, dos Advogados Públicos e Privados e dos delegatários de serventias extrajudiciais é fundamental para que a seara extrajudicial alcance o fim último de todo o sistema de justiça, consubstanciado na pacificação com justiça."

[138] GRINOVER, Ada Pellegrini. Ensaio sobre a processualidade. Brasília: Gazeta Jurídica. 2018. P. 19.

[139] Ibidem. p. 904.

A escolha de um método de resolução de conflitos deve ser fundamentada pela adequação[140]. Tal premissa se revela essencial para que não se tome como justificativa para as releituras propostas neste trabalho tão somente a redução do número de ações judiciais[141]. A adequação propõe que os processos sejam analisados sob a ótica da instrumentalidade, da efetividade e em conformidade com as características do interesse material[142]. Portanto, só é possível garantir acesso à justiça se houver relação de adequação entre o conflito e o método.

Carlos Alberto de Salles[143] registra que a regulamentação processual destinada a atender genericamente um grande número de situações materiais é necessária. Contudo, destaca que existem muitas outras situações que demandam uma análise diferenciada e customizada. Com efeito, o padrão de processo, rico em garantias, com produção probatória ampla, de cognição plena e exauriente, com culminância na sentença de mérito formadora da coisa julgada passou a não ser conveniente e apropriado em diversos contextos[144].

Nesses casos, conforme apontam Ada Pellegrini e Kazuo Watanabe, seria necessária ora uma cognição superficial ora uma adequação do procedimento à natureza do conflito, levando-se em consideração não só o direito material mas também o tipo de conflito e o que ele deseja solucionar[145]. Semelhantemente, Fernando Gajardoni e Maurício Bearzotti de Souza indicam que tanto a qualidade das partes como os objetivos por elas perseguidos justificam a alteração dos ritos e procedimentos resolutivos[146].

Conforme salientado anteriormente, Salles e Ada Pellegrini vão chamar essa forma de análise de instrumentalidade metodológica[147], ou seja, construção do processo a partir do conflito existente para que estes guardem entre si uma relação de adequação capaz de entregar

---

[140]ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 195, p. 185-208, mai./2011.

[141] Segundo Salles: "A preocupação, ressalte-se, não é apenas de custo e duração do processo, mas também de adequação da qualidade da resposta dada por um determinado mecanismo, levando em conta a maneira como atua sobre uma situação concreta." SALLES, C. A. O Consenso nos Braços do Leviatã: os caminhos do judiciário brasileiro na implantação de mecanismos adequados de solução de controvérsias. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 4, n. 3, 2018, p. 234.

[142] O interesse material é o bem da vida decorrente de uma necessidade humana, enquanto o interesse processual é a necessidade, utilidade e adequação do provimento judicial para a tutela desse bem. Sobre esse ponto vide: : GAJARDONI, F. F.; SOUZA, M. B. Os princípios da adequação, da adaptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz no novo CPC. *Rev. TST*, Brasília, vol. 82, 3, jul/set 2016.

[143]SALLES, C. A. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 20

[144] GRINOVER, A. P. *Ensaio sobre a processualidade*. Fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Gazeta Jurídica Editora e Livraria LTDA ME. Brasília, 2016. p. 36.

[145] Ibidem. P. 37

[146] GAJARDONI, F. F.; SOUZA, M. B. Os princípios da adequação, da adaptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz no novo CPC. *Rev. TST*, Brasília, vol. 82, 3, jul/set 2016.

[147] GRINOVER, Ada Pellegrini. Ensaio sobre a processualidade. Fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica Editora e Livraria LTDA ME., 2016.

uma resposta processual efetiva e justa. A adequação, então, possibilita que a resposta processual seja idônea para solucionar o conflito.

Nessa linha de raciocínio, Frank Sander[148] evidencia cinco critérios de diagnóstico dos conflitos para a construção de um procedimento adequado: (i) a natureza do conflito; (ii) o tipo de relacionamento entre as partes, se duradouro, afetivo, comercial, contínuo no tempo ou pontual; (iii) o valor da causa ou a quantia em disputa; (iv) análise dos custos financeiros e emocionais decorrentes do conflito, que juntamente com o item iii englobam uma análise mais robusta de custos e benefícios de cada procedimento; e (v) a velocidade enquanto critério a ser somado aos custos do procedimento[149].

Nesse cenário, não há como esperar do legislador uma previsão normativa expressa para cada situação específica, pois a sociedade se modifica muito rapidamente, inaugurando sempre novos conflitos. A saída apontada por Ada Pellegrini é notadamente a adaptação dos procedimentos. No mesmo sentido, destaca Diego Faleck que as soluções processuais para a diversidade de circunstâncias materiais e jurídicas que informam disputas e conflitos não admitem um tamanho único[150], cabendo ao processualista trabalhar na customização de processos.

Dessa forma, a instrumentalidade metodológica impõe que os nossos olhos devem se voltar primeiramente ao conflito, para, a partir dele, pensarmos quais métodos são adequados para a resolução dessa questão em específico. O princípio da adequação requer, portanto, uma postura ativa e participativa no tratamento dos conflitos, sendo essa tarefa designada às partes, aos operadores do direito e/ou processualistas. A adequação é a premissa que permite que o próximo passo, após a ocorrência do conflito ou nas tratativas de prevenção deste, seja dado de forma responsável.

2.3.1. A relação entre autocomposição e adequação

---

[148] SANDER, F. Varieties of Dispute Processing. In.: LEVIN, L. A.; WHEELER, R. R. The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future. St. Paul Minnesota: West Publishing CO., 1979, p. 67.

[149] CHAGAS, B. C. R. *O tratamento adequado de conflitos no processo civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017.

[150] FALECK, D. *Manual de design de sistemas de disputas*: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 15.

O exercício de olhar primeiro para os conflitos somado ao prestígio legislativo dado, nos últimos tempos, à consensualidade nos faz destacar a seguinte pergunta: porque os métodos autocompositivos são adequados, e, às vezes, mais adequados que outros?

William Ury, Jeanne Brett e Stephen Goldberg[151] explicam que um problema surge quando uma pessoa, física ou jurídica, requer algo a alguém, e encontra resistência. A resolução desse problema pode ser observada por três diferentes focos: interesses, direitos e poder. Ou seja, o foco pode ser a reconciliação de interesses, ou a definição de quem tem o direito ou de quem tem mais poder.

Cada enfoque determina uma diferente relação de custo e benefício segundo os seguintes critérios elencados pelos autores: custos de transação, satisfação com os resultados, efeitos na relação e reincidência dos problemas. A avaliação segundo o custo de transação considera por exemplo os gastos de tempo, dinheiro, energia emocional, recursos, perda de oportunidades. A satisfação com os resultados depende tanto do atendimento dos interesses quanto da sensação de justiça proveniente do procedimento, destacando os autores que é possível ter satisfação sem o atendimento de interesses quando há sensação de justiça no procedimento, o que será elucidado mais adiante. A valorização do relacionamento como critério é analisada a partir da relação de interdependência das partes ao longo do tempo. O critério de avaliação da reincidência determina que a solução dada deve ser durável no tempo.

Segundo os autores, os métodos que focam nos interesses, como é o caso dos métodos autocompositivos, tendem a ser mais adequados do que aqueles que focam no direito ou no poder por permitirem o alcance de ótimos benefícios a custos mais baixos (relativamente aos critérios elencados acima).

Somado a isso, métodos focados em dizer quem tem o direito ou o poder despertam a competição, ao invés da colaboração, repercutindo negativamente nos critérios mencionados acima e desequilibrando a balança de custo e benefício. Mais especificamente, métodos com foco no direito e no poder acabam por ser os mais "caros" e menos adequados, vez que afetam mais severamente a relação das partes, possuem baixíssima ou nula gestão de emoções[152], alimentam a reincidência de conflitos, além de necessitarem de custos de transação mais vultosos.

---

[151] URY, W. L.; BRETT, J. M.; GOLDBERG, S. B. *Getting Disputes Resolved*: Designing Systems to Cut the Costs of Conflict. Cambridge: PON Books.1993.

[152] Enfatizam os autores que antes de se começar propriamente a resolução de conflitos, é importante perceber que existem emoções envolvidas. Ou as emoções deram origem ao problema, ou decorrem do problema, e portanto, são um elemento de importante gestão durante o processo resolutivo. URY, W. L.; BRETT, J. M.; GOLDBERG, S. B. *Getting Disputes Resolved*: Designing Systems to Cut the Costs of Conflict. Cambridge: PON Books, 1993.

Alerta-se também que isso não significa dizer que os métodos focados em interesses são definitivamente melhores que os focados em direitos e em poder, mas que, a depender do problema, a relação entre custo e benefício desses métodos tende a ser, inicialmente, mais coerente.

2.3.2. A verificação da adequabilidade dos procedimentos segundo o conceito de "justiça procedimental"

No intuito de aprofundar um pouco mais o estudo sobre adequação, métodos autocompositivos e análise do funcionamento do sistema de justiça em que estamos inseridos, importam-se algumas ferramentas da disciplina do desenho de sistemas de disputas (DSD)[153].

Nos termos da literatura sobre DSD, a efetividade dos sistemas possui correlação direta com o conceito de "justiça procedimental", isto é, os processos utilizados na resolução de conflitos precisam ser percebidos como justos pelos usuários, para que possam surtir os efeitos de satisfação e pacificação esperados. A atribuição de valor ao resultado substancial alcançado pelos conflitantes é construída a partir da justiça do processo[154].

Sobre isso, destaca o autor Rory Van Loo que procedimentos injustos desgastam até mesmo indivíduos inicialmente satisfeitos, criando diversos prejuízos de ordem financeira, reputacional e de legitimidade para as instituições envolvidas. Por isso se considera tão importante a criação não só de resultados justos como também de processos justos em relação ao caso concreto.

Da mesma forma, Tom Tyler também identifica que para se trazer legitimidade para os processos resolutivos é necessário que as instituições e autoridades invistam na percepção de

---

[153] "De acordo com a técnica de DSD, a primeira e maior preocupação na construção do programa de indenização foi em estabelecer um processo capaz de dar efetividade e vida ao princípio da Justiça Procedimental". FALECK, D. Tecnologia e Sistemas de Indenização: A Experiência de Brumadinho. In: ÁVILA, H.; CABRAL, T. N. X.; FUX, L. (coords.). *Tecnologia e Justiça Multiportas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

[154] "*Research has repeatedly confirmed that people's perceptions of procedural justice mediate or influence their perceptions of distributive justice. Disputants who believe that they have been treated in a procedurally fair manner are more likely to conclude that the resulting outcome is substantively fair. In effect, a disputant's perception of procedural justice anchors general fairness impressions or serves as a fairness heuristic.' 51 Further, research has indicated that disputants who have participated in a procedure that they evaluated as fair do not change their evaluation even if the procedure produces a poor or unfair outcome.*" WELSH, Nancy A. Making Deals In Court-Connected Mediation: What's Justice Got To Do With? Wash U.L.Q, Vol. 29, 2001, pp. 818-819. Disponível em: https://scholarship.law.tamu.edu/facscholar/945/ Acesso em 11/07/2022.

justiça. Com isso, as resoluções dos conflitos passam a ser mais aceitáveis, mesmo que as partes discordem do resultado, haja vista o sentimento de compreensão sobre o processo[155].

Segundo Diego Faleck, há substancial diferença entre a satisfação das partes com o resultado e a satisfação com o procedimento. Enfatiza ainda que as partes se importam muito com a percepção de justiça gerada pelo procedimento, "tanto ou mais do que com as expectativas mais óbvias de eficiência, custo, tempo ou esforço"[156].

Gisele Paula[157], em seu trabalho sobre atendimento ao cliente e resolução de conflitos consumeristas, também observa que quando o procedimento para resolução de um problema tem muitas fricções e obstáculos, o usuário continua insatisfeito, mesmo que o problema seja resolvido[158].

Em síntese, a percepção de justiça procedimental tem um peso muitas vezes maior que o resultado material em si: "*Even when a company provides relief such as money or store credit, consumers may view the experience unfavorably if they perceive the process as unfair"*[159].

A construção de um sistema de resolução de disputas eficiente vai, portanto, além dos elementos de custas e tempo, carecendo de uma ótica sistêmica que considere voz, respeito, celeridade, confiabilidade e neutralidade[160]. À conjunção de todos esses fatores, conforme aponta Faleck, dá-se o nome de adequação[161].

---

155 *"The key to the success of such a strategy is thet legitimacy is based upon fairness of the procedures used by authorities to govern rather than upon the substance of their decisions.This allows authorities to make decisions that are widely accepted even by those who disagree with them. What makes a procedure fair in the eyes of the public? Four factors dominate evaluations of procedural justice. First, people want the opportunity to state their cases to the authorities. Second, people expect neutrality of the authority's decision-making process. People also value the quality of their interpersonal treatment by the authorities, that is, whether they feel they are being treated with dignity and respect by legal authorities.Finally, people focus on cues that communicate information about the intentions and character of the legal authorities with whom they are dealing—trustworthiness. Yuen Huo and I have directly compared the influence of these four factors and of outcome favorability and procedural-justice judgments on people's overall rating of their personal experiences with legal authorities. The results indicated that each of the four factors was at least five times as important as outcome favorability in shaping judgments about the procedural justice of the experience. In other words, people's judgments about whether justice was done are not strongly linked to their outcomes. Instead, they are linked to the process that produces those outcomes."* TYLER, T. Governing pluralistic societies. in Law & Contemporary Problems. P. 187-192. 2009. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol72/iss2/15> Acesso em 11/07/2022.

156 FALECK, D. *Manual de design de sistemas de disputas*: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 75.

157 Co Fundadora do ReclameAqui, criadora do Instituto Cliente Feliz e autora do livro Cliente Feliz dá Lucro.

158 PAULA, G. *Cliente feliz dá lucro*. São Paulo: Buzz Editora, 2021.

159 VAN LOO, R. The corporation as courthouse. *Yale J. on Reg.*, v. 33, p. 547, 2016, p. 560.

160 VAN LOO, R. The corporation as courthouse. *Yale J. on Reg.*, v. 33, p. 547, 2016, p. 560.

161 "Tais procedimentos, ou sistemas, devem ser capazes de atender aos objetivos das partes e de lidar com os impedimentos ou barreiras ao acordo. Os objetivos das partes devem ser compreendidos de maneira abrangente, nos aspectos de substância e processo. Os elementos de produção, como tempo e custo, não são os únicos fatores

O primeiro fator destacado pela literatura é a voz, ou seja, é importante que o processo apresente ferramentas efetivas de comunicação e diálogo qualificados, para que os participantes se sintam ouvidos.

O segundo elemento é o respeito e o "bom tratamento". Nesse ponto, é interessante observar que no processo judicial as partes são representadas por seus patronos, salvo específicas exceções, e por isso participam de forma indireta da maior parte dos atos processuais. Dessa forma, sua voz e sua percepção de "bom tratamento" ficam extremamente comprometidas, minguando a percepção de justiça[162].

O terceiro elemento é a celeridade na resposta. Segundo o autor, a falta desse elemento é o cenário mais prejudicial para a relação entre instituição e usuário quando se fala em satisfação. Quanto maior o tempo de retorno, maior é a angústia e a criação de expectativas sobre o resultado pelo interessado.

O quarto elemento é a confiabilidade, aquela que trata de uma qualidade subjetiva da relação. Segundo o autor, as instituições podem criar relações de confiança quando estabelecem procedimentos de resolução de conflitos participativos, transparentes e com normas mais flexíveis.

Por fim, o último ponto destacado é a neutralidade do terceiro indivíduo que participa do procedimento, seja para facilitar a negociação, seja para decidir sobre a questão de mérito. Van Loo explica que, exemplificativamente, quando a resolução de disputa é uma negociação direta e bilateral entre instituições, sendo a própria instituição a tomadora de decisões, a neutralidade é percebida através de efetivas explicações e fundamentações das deliberações realizadas.

De acordo com André Gomma, em consonância com os critérios estabelecidos acima, o processo judicial tem atualmente um rendimento muito menor do que ele poderia ter por

---

dessa equação. Os elementos de justiça procedimental, como tratamento digno, voz, imparcialidade do neutro, escolha do processo e participação nele, e bem assim a qualidade em geral do processo e do resultado em todas as suas variáveis importantes para as partes, devem ser considerados no contexto. A esse conjunto de características, atribuímos um único nome: adequação." FALECK, D. *Desenho de Sistemas de Disputas*: Criação de arranjos procedimentais consensuais adequados e contextualizados para o gerenciamento e resolução de controvérsias. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 184.

[162] "*The procedural justice literature strongly suggests that clients will perceive that they were given an opportunity for voice if they believe that their attorneys effectively communicated their stories. In the early studies that first uncovered the effect of voice on perceptions of procedural and distributive fairness, 262 the disputants' voice was communicated entirely through their attorneys' presentations to a judge. The perception of whether or not there was an opportunity for voice depended upon the relationship between the disputants and their attorneys.*" WELSH, Nancy A. Making Deals In Court-Connected Mediation: What's Justice Got To Do With? Wash U.L.Q, Vol. 29, 2001, pp. 841. Disponível em: https://scholarship.law.tamu.edu/facscholar/945/ Acesso em 11/07/2022.

causa de defeitos procedimentais[163] decorrentes da módica realização dos elementos que compõem a justiça procedimental. O processo judicial é percebido, então, pelo jurisdicionado como injusto, e consequentemente inadequado, pois deixa a desejar nos elementos essenciais de voz, celeridade, confiabilidade e neutralidade[164].

Dessa forma, a relevância do emprego dos meios autocompositivos para na promoção do acesso à justiça se mostra exatamente na sua relação de adequação perante a natureza do conflito e na sua flexibilidade no que tange a construção de procedimentos mais justos.

Não só, mas também é crucial para a promoção de um acesso à justiça responsável o trabalho dos processualistas e operadores do direito dentro das empresas e instituições públicas e privadas para a disponibilização de espaços adequados de atendimento e tratamento dos conflitos, conforme veremos mais adiante.

2.4. Conclusões parciais

É importante entender onde se está para visualizar melhor onde se quer chegar. A parte inicial do presente trabalho buscou identificar quais informações e entendimentos já existem no ordenamento jurídico brasileiro (e na doutrina) que nos permitem fundamentar a hipótese ora levantada. Como se pode perceber, existe uma construção interpretativa de certos paradigmas que nos leva a compreender a exigência de comportamentos extrajudiciais como uma realidade desde já.

Diante disso, os próximos capítulos voltar-se-ão ao aprofundamento da ideia da obrigatoriedade da tentativa prévia de autocomposição a fim de vislumbrar quais as

---

[163] "O processualista mexicano Niceto Alcalá ZAMORRA Y CASTILLO sustentava que o processo judicial rende, com frequência, muito menos do que deveria – em "função dos defeitos procedimentais, resulta muitas vezes lento e custoso, fazendo com que as partes, quando possível, o abandone". Nessa mesma linha, busca-se complementar o sistema processual, que há poucos anos era composto exclusivamente do processo judicial com eficientes processos auxiliares, sejam estes autocompositivos (e.g. mediação e conciliação) ou heterocompositivos (e.g. arbitragem), sejam estes públicos (e.g. processo judicial, mediação judicial) sejam privados (e.g. arbitragem ou *Dispute Review Boards).* Ressalte-se que todos esses processos integram hoje o sistema (pluri)processual" AZEVEDO, A. F. G. *Pedagogia de competências como paradigma do processo formativo em negociação*: uma proposta a partir da experiência da oficina de negociação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2018. p. 149.

[164] Sobre percepção de justiça, vide: "*The quality of a system may also be judged by whether it conforms with or diverges from legal and societal norms. Experts often address the importance of "justice" or "fairness" in a system, but how those terms are defined ranges widely. "Justice" in a general sense conveys a sense of fairness, rightfulness, and validity, or, more narrowly, an outcome pursuant to the authority or administration of law. Bingham (2008) highlights a range of "justice" terms that cover a very broad array of fairness concepts, including distributive, procedural, organizational, informational, interpersonal, corrective, retributive, deterrent, personal, and social dimensions.*" SMITH, S.; MARTINEZ, J. An analytic framework for dispute systems design. Harvard Negotiation Law Review, vol. 14, n. 123, Winter, 2009, p. 129.

perspectivas futuras para esse instituto. Em seguida, caminhar-se-á em direção à aplicação prática das noções aqui propostas para que o leitor não considere a tentativa de autocomposição prévia uma etapa vazia, mas sim um passo imprescindível e de enorme relevância sistêmica.

3. ANÁLISE SOBRE A OBRIGATORIEDADE DA TENTATIVA PRÉVIA DE AUTOCOMPOSIÇÃO

3.1. Comentários sobre as iniciativas dos Projetos de Lei 533|2019 e 3.813/2020

O entendimento de que a exigência de tentativa de autocomposição prévia é constitucional, elemento constitutivo do interesse de agir e se compatibiliza com os princípios de adequação e cooperação está ganhando, atualmente, perspectivas legislativas. Destacam-se, portanto, os projetos legislativos 533/2019 e 3.813/2020 para ensejar a reflexão sobre os encaminhamentos que estão sendo dados ao contexto analisado nos primeiros capítulos deste trabalho.

O Projeto de Lei 533/2019 está atualmente aguardando apreciação das Comissões de Defesa do Consumidor e Constituição e Justiça e de Cidadania[165] e busca alterar o Código de Processo Civil, nos artigos 17 e 491, acrescentando os seguintes parágrafos:

> Art. 1º. A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que estabelece o Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida da seguinte redação:
> "Art. 17. .....
> Parágrafo único: Em caso de direitos patrimoniais disponíveis, para haver interesse processual é necessário ficar evidenciada a resistência do réu em satisfazer a pretensão do autor." (NR) .....
> "Art. 491 ....
> § 3º Na definição da extensão da obrigação, o juiz levará em consideração a efetiva resistência do réu em satisfazer a pretensão do autor, inclusive, no caso de direitos patrimoniais disponíveis, se o autor, por qualquer meio, buscou a conciliação antes de iniciar o processo judicial." (NR)
> Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Já o Projeto de Lei 3.813/2020 está aguardando designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania[166] e tem o objetivo de tornar obrigatória a tentativa de autocomposição prévia à propositura de ação judicial, estabelecendo suas normas sem alteração textual do Código de Processo Civil, vejamos:

---

[165] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 533/2019. Acrescenta o parágrafo único ao artigo 17 e § 3º ao artigo 491, ambos do Código de Processo Civil. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191 394> Acesso em 03/05/2022.

[166] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 3.813/2020. Dispõe sobre a obrigatoriedade, nos litígios entre particulares que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, de realização de sessão extrajudicial de autocomposição prévia à propositura de ação judicial, estabelecendo normas para tanto. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=22 57795> Acesso em 03/05/2022.

O Congresso Nacional decreta: Art. 1º Nos litígios entre particulares, relativos a direitos patrimoniais disponíveis, sobretudo os que envolvam relações jurídicas cíveis, consumeristas, empresariais e trabalhistas, as partes envolvidas deverão obrigatoriamente se submeter, antes da propositura de eventual ação judicial, à prévia sessão de autocomposição, a ser realizada nos moldes da presente lei. Parágrafo único. A obrigatoriedade de tentativa de autocomposição preliminar abrange as causas de competência dos Juizados Especiais Cíveis, disciplinadas pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Art. 2º A parte que tomar a iniciativa de solucionar a questão litigiosa deverá notificar a outra para que participe de sessão extrajudicial de autocomposição, informando, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias corridos, contados do recebimento da notificação, data, horário, local e objeto específico e detalhado a ser debatido. § 1º A notificação poderá ser feita por qualquer meio idôneo, inclusive por email ou aplicativos de mensagens, desde que inequívoca e passível de posterior comprovação. § 2º A sessão será realizada em ambiente reservado, público ou particular, preferencialmente em escritório de advocacia, sem prejuízo de se efetivar de forma não presencial, por meio de recursos tecnológicos de transmissão de voz e de imagem em tempo real. § 3º Caso agendada sessão presencial a parte notificada só poderá se insurgir quanto ao local designado arguindo justificativa concreta e plausível, não se aceitando como recusa a eventual realização no escritório do patrono da parte notificante. Havendo recusa justificada, a sessão realizar-se-á em local estabelecido de comum acordo entre as partes e, persistindo a ausência de consenso, efetivar-se-á de modo não presencial.

Art. 3º Na realização da sessão de autocomposição ambas as partes deverão estar obrigatoriamente assistidas por advogados, assegurando-se a assistência judiciária gratuita, na forma da lei, aos que não dispuserem de condições financeiras para a contratação de patrono. Parágrafo único. Não se obtendo o consenso, os advogados que participarem da sessão extrajudicial de conciliação não ficarão impedidos de atuar judicialmente na causa.

Art. 4º A sessão de autocomposição será informada pelos princípios da simplicidade, da informalidade, da oralidade, da autonomia da vontade e da resolução colaborativa, objetivando a pacificação social, a celeridade e a solução consensual do litígio. § 1º A sessão será registrada por escrito em ata simples e objetiva, contendo minimamente as informações referentes a data, horário, local e modo, presencial ou não, de realização, e ao objeto da reunião, bem como síntese do quanto debatido e do resultado final do encontro, sendo subscrita pela parte e seus patronos. A assinatura será por meio digital, e apenas dos advogados, quando realizada a sessão por meio de recursos tecnológicos. § 2º Poderão ser agendadas sessões complementares de autocomposição, desde que ambas as partes consintam de modo expresso.

Art. 5º A ausência injustificada da parte notificada será registrada em ata, considerando-se configurada a pretensão resistida e, por consequência, o interesse de agir do notificante, possibilitando a este a propositura de ação judicial cabível. § 1º Idêntica consequência à prevista no caput deste artigo terá lugar quando a parte notificada, expressamente e por escrito, declinar da participação na sessão extrajudicial de autocomposição. § 2º A eventual ausência injustificada da própria parte notificante, autorizará, lado outro, apenas a parte notificada a manejar as medidas judiciais possíveis. § 3º Em qualquer uma das hipóteses em tela deverá ser observado o quanto disposto no art. 7º infra.

Art. 6º Obtida a autocomposição a ata referida no parágrafo 1º do art. 4º supra constituir-se-á em título executivo extrajudicial, nos termos do art. 784, inc. XII, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil -, sendo, inclusive, possível o seu protesto perante o Cartório de Títulos e Documentos no caso de inadimplemento das obrigações assumidas, na forma da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997.

Art. 7º Realizada a sessão extrajudicial de autocomposição e não solucionado consensualmente o litígio, qualquer das partes poderá promover as medidas judiciais aplicáveis ao caso concreto, instruindo a petição inicial, nos moldes do art. 320 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil -, necessariamente com cópia das referidas notificação e ata. § 1º A não comprovação

> da realização ou da tentativa de realização da sessão extrajudicial de autocomposição configurará, nos termos dos dispositivos contidos no Código de Processo Civil, ausência de condição da ação na modalidade interesse de agir (art. 17), matéria a ser alegada em preliminar de contestação pelo réu (art. 337, inc. XI), cognoscível de ofício pelo Juiz (art. 337, § 5º), implicando extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, inc. VI).
> Art. 8º Ficam desobrigados da participação em sessão extrajudicial de autocomposição prévia de que trata esta lei, bem como do quanto exigido pelo art. 7º supra, os que, efetiva e comprovadamente, optarem, previamente à propositura de ação judicial, pela arbitragem, disciplinada pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, ou pela mediação, disposta nos termos da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.
> Art. 9º O quanto disposto na presente lei não obsta a propositura de medida judicial objetivando a eventual concessão de tutela provisória de urgência, nos termos em que disciplinada nos Capítulos I, II e III, Título II, Livro V, da Parte Geral da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil -, seguindo-se, nessas hipóteses, o previsto no referido diploma acerca da conciliação e da mediação.
> Art. 10 Esta lei entra em vigor no prazo de cento e oitenta dias, a partir da data de sua publicação.

Ambos os projetos de lei se fundamentam na demonstração da resistência à pretensão do autor, por parte do réu, para a caracterização do pressuposto processual do interesse de agir.

Interessante notar que, enquanto o PL 533/19 não especifica a forma de evidenciar a resistência, o PL 3.813/2020 delimita que "só se poderá considerar resistida a pretensão no caso de expressa recusa de uma das partes na participação da autocomposição ou na hipótese de esta restar infrutífera"[167].

Em primeira análise crítica realizada ao PL 3.813/2020, questiona-se a delimitação semântica dada aos métodos autocompositivos. Entende-se que foi realizada uma interpretação restritiva do que se considera "tentativa autocompositiva extrajudicial", elencando um rol taxativo de elementos que integram necessariamente o método a ser utilizado.

Por exemplo, a estipulação de que a tentativa se inicie, especificamente, pela notificação, com antecedência mínima de 15 dias, para uma sessão extrajudicial, conforme se verifica a partir do artigo 2º do projeto de lei, por si só deixa de considerar uma variedade significativa de métodos autocompositivos possíveis, desprestigiando a técnica da instrumentalidade metodológica e os princípios da adequação.

Também o legislador, no artigo 2º §2, na tentativa de balizar os locais propícios para a realização das reuniões, restringiu o uso da tecnologia aos meios de transmissão "de voz e imagem em tempo real". Tal dispositivo parece desmerecer a grande pluralidade de meios

---

[167] Câmara dos Deputados. PL 3813/2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=22 57795. Acesso em 3 maio 2022

assíncronos de comunicação, de plataformas alimentadas somente por mensagens de texto ou por inteligências artificiais e até mesmo procedimentos realizados por telefone (transmissão somente de voz) que são utilizados na resolução de disputas na modalidade não presencial[168].

Outro ponto controvertido do PL 3.813/2020 é a previsão da presença obrigatória de advogado na tentativa de autocomposição, em conjunto com a previsão expressa de aplicabilidade do diploma em questão aos Juizados Especiais Cíveis, vez que tal arranjo normativo se mostra incompatível com a regra do artigo 9º da Lei 9.009/95 que prevê a dispensa de advogado nas causas de até vinte salários mínimos.

Nesse ponto, é importante dizer que é louvável a preocupação do legislador com a garantia da assistência jurídica, porém a exigência da presença do advogado em todas as circunstâncias extrajudiciais de autocomposição tem grandes chances de se tornar um empecilho para a solução das disputas.

Também se mostra um tanto engessada a previsão do artigo 4º, §1 sobre o necessário registro da reunião em ata com assinatura das partes e dos advogados, ainda que seja um registro simplificado, ou apenas dos advogados quando em meio virtual. Existem diversos fatores que justificam a não realização de atas, como por exemplo a simplicidade da negociação ou a confidencialidade da reunião, ou ainda a incompatibilidade do registro por meio de ata à natureza do procedimento. Tal inflexibilidade não condiz com os valores de informalidade e oralidade presentes na dinâmica dos métodos adequados.

Diante do não cumprimento da tentativa prévia de autocomposição, discorre o projeto de lei que restará prejudicado o interesse de agir, e caberá ao juiz extinguir o processo sem julgamento de mérito, nos moldes do art. 485, VI do CPC/15, de ofício ou por alegação em preliminar de contestação apresentada pelo réu.

Merece observação a previsão supra de extinção por alegação do réu em preliminar de contestação. O Ministro Luís Roberto Barroso aponta, quando da modulação dos efeitos do

---

[168] Por exemplo, o ITS, Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio, em estudo publicado em abril de 2020 aponta as diversas ferramentas consensuais utilizadas pelos países no mundo para pacificar contendas relacionadas à proteção de dados. Neste estudo, podemos identificar mediações realizadas pelas agências reguladoras, plataformas online de criação de acordos, facilitação de diálogo e de composição, e etc. Vale destacar, no referido estudo, a inovação legislativa realizada na Coréia do Sul, no *Personal Information Protection Act* — PIPA de 2011, que criou um Comitê de Mediação de Disputas envolvendo Dados Pessoais. Trata-se, em breves palavras, de um procedimento que pode ser iniciado por telefone ou via plataforma online, integrado por profissionais de diversas áreas do conhecimento, que possuem a função de intermediar o contato entre o titular e o controlador de dados a fim de criar um acordo dentro de um prazo de 60 dias. Como resultado: "entre os anos de 2013 e 2018 foram resolvidos pelos métodos de mediação 692.119 reclamações por parte de titulares." KISA, Coreia, 2018, Internet White Paper. Disponível em: https://www.kisa.or.kr/eng/usefulreport/whitePaper_List.jsp . Acesso em 03/05/2022.

recurso extraordinário 631.240/MG[169] examinado anteriormente, que nos casos em que já houver apresentação de contestação, esta por si caracteriza a resistência do réu à pretensão do autor e consolida o interesse de agir. Assim, nesses casos não seria cabível a extinção sem julgamento de mérito, uma vez que foram cumpridos os pressupostos para o exercício regular do direito de ação. Somado a isso, em atenção aos princípios da economia processual, do aproveitamento dos atos processuais e primazia do julgamento de mérito, também não seria oportuno extinguir o processo.

Apesar da sensibilidade dos pontos destacados, não se pode negar que os projetos de lei analisados têm o importante papel de fomentar as discussões sobre temas muito atuais e relevantes. Além disso, as críticas não atingem a existência da lei em si, mas sim a dosagem dos mandamentos e especificações. Observa-se que alguns exageros podem comprometer a efetividade esperada dessas regras, e daí a necessária discussão sobre esse tema.

O legislador ainda não encontrou um caminho normativo ótimo e de fato capaz de dar concretude às releituras principiológicas e culturais da contemporaneidade, entretanto, certamente deu um passo expressivo e instigante.

3.2. Argumentos contrários à obrigatoriedade da tentativa extrajudicial prévia de autocomposição

Apesar de existir alguma concordância, na literatura, sobre a qualidade e a efetividade das formas extrajudiciais e adequadas de resolução dos conflitos, subsistem algumas divergências no tocante à sua colocação como uma das condições para o exercício regular do direito de ação. Destacam-se a seguir os mais importantes argumentos que buscam demonstrar uma eventual irrazoabilidade do condicionamento do ingresso no Poder Judiciário à tentativa prévia de autocomposição[170]:

Primeiro, como relembra Fernanda Tartuce, atualmente não há lei que expressamente condicione o ajuizamento da demanda à demonstração de tentativa prévia de resolução extrajudicial. No presente ordenamento jurídico brasileiro, a ausência dessa tentativa não está

---

[169] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Prévio requerimento administrativo e interesse em agir. RE 631240 / MG - MINAS GERAIS. Relator: Min. Roberto Barroso. 3 Set. 2014. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863853185/recurso-extraordinario-re-631240-mg-minas-gerais/inteiro-teor-863853564?ref=juris-tabs. Acesso em: 10 mar. 2022

[170] TARTUCE, F. Desnecessidade de tentativas consensuais prévias para configuração do interesse de agir. Coluna: Elas no processo. Migalhas. 2021. Disponível em: https://www .migalhas.com.br/coluna/elas-no-processo/356299/tentativas-consensuais-previas-para-configuracao-do-interesse-de-agir Acesso em: 05/04/2022

elencada dentre as hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito. Dessa forma, segundo a autora, seria irrazoável exigir um comportamento ou conduta não imposto por lei.

Além disso, sustenta-se que a obrigatoriedade iria contra a intenção negocial das partes e violaria a autonomia da vontade e a sua autodeterminação. O que esse argumento defende é que existem diversos fatores que levam os participantes a entenderem que não é pertinente engendrar esforços negociais em determinadas situações. A disposição do indivíduo para participar do procedimento, no momento em que ele julgar oportuno, seria imprescindível para que o resultado seja profícuo. Sob esse argumento, a imposição seria incompatível com a autocomposição, além de que a obrigatoriedade geraria antipatia pelos métodos e retiraria sua legitimidade.

Também aponta Tartuce que é difícil demonstrar, quando na petição inicial, a tentativa de resolução extrajudicial frustrada porque a parte que resistir à tentativa não deixará registrada a sua rejeição, tornando-se a comprovação dos fatos um verdadeiro obstáculo.

Renato Beneduzi, por sua vez, concorda com a não-obrigatoriedade da tentativa prévia na medida em que o pedido de tutela judicial deve ser interpretado como um direito constitucional do qual ninguém pode ser privado. Para Beneduzi, os meios adequados de resolução só são legítimos quando interpretados em harmonia com a garantia prevista no art. 5, inciso XXXV, afirmando que "a seleção da porta, por esse motivo, não poderá ser nunca imposta às partes"[171]. Assevera o autor que mesmo quando a adjudicação estatal não for o meio mais adequado, as pessoas têm direito de solicitar tutela por meio de processo judicial haja vista que esse é o único método em que a escolha independe da concordância das partes.

Também sinaliza o autor que a imposição da tentativa de autocomposição agravaria a situação de fragilidade e vulnerabilidade na qual já se encontram algumas pessoas, vez que facilitaria a exploração do lado mais fraco pelo mais forte. Aponta Beneduzi que a mediação não seria capaz de eliminar as desigualdades das partes e que nada impede que sejam alcançadas soluções injustas decorrentes dessa disparidade de poder na mesa.

No mesmo sentido, Susana Henriques da Costa, Danieli Chiuzuli, Maria Cecília Asperti e Mariana Delchiaro[172] também relatam preocupação com os reflexos da desigualdade

---

[171] BENEDUZI, R. R. Teoria geral do litígio. In: MENDES, A. G. C.; BEDAQUE, J. R. S.; CARNEIRO, P. C. P.; ARRUDA ALVIM, T. *O novo processo civil brasileiro*: temas relevantes – Estudos em homenagem ao Professor, Jurista e Ministro LUIZ FUX. Rio de Janeiro: GZ Editora, V. II, 2018, p. 415-436, p. 429

[172] ASPERTI, M. C. A.; CHIUZULI, D. R.; COSTA, S. H.; DELCHIARO, M. T. C. Quem paga a conta do congestionamento do Judiciário brasileiro? Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quem-paga-a-conta-do-congestionamento-do-judiciario-brasileiro-21022022. Acesso em: 5 abr. 2022.

social brasileira no acesso aos mecanismos de resolução extrajudicial dos conflitos, sejam eles presenciais ou virtuais.

A exclusão e o analfabetismo digitais assolam grande parte da população de modo que, afirmam as autoras, a utilização das plataformas e canais comunicativos se torna possível apenas para determinadas pessoas[173]. Dessa forma, concluem as autoras que não seria razoável dizer que o acesso às plataformas digitais de resolução é suficientemente amplo a ponto de justificar a sua eleição como requisito obrigatório para o acesso ao Poder Judiciário.

Acrescentam às razões para a não-obrigatoriedade o fato de que o jurisdicionado, diferentemente do que se possa presumir, não considera o Poder Judiciário como a melhor via para resolução das contendas, muito pelo contrário. Apresentam as autoras dados retirados do Índice de Confiança na Justiça no Brasil[174] que demonstram uma baixíssima avaliação do Judiciário, sendo este, inclusive, retratado como lento, caro, de difícil utilização, dentre outros adjetivos que se somam à falta de confiança.

A pesquisa apresentada pelas autoras revela a interessante observação de que, talvez, a sociedade brasileira não seja de fato tão marcada por uma cultura do litígio, mas sim, possivelmente, pela inacessibilidade e ineficiência do sistema extrajudicial de resolução dos conflitos.

Outro dado mencionado, que corrobora com esse raciocínio, é a análise do *World Justice Project* (2021)[175] que demonstra que, apesar de os brasileiros vivenciarem mais problemas legais que a média global, estão entre os que menos buscam a ajuda jurídica para sua resolução.

No mesmo sentido, aponta a professora Ana Beatriz Presgrave[176] ao indicar que a crise judiciária brasileira não decorre exatamente de uma cultura beligerante e litigiosa do jurisdicionado, mas sim do descumprimento frequente das leis. Esse verdadeiro estado de anomia[177] é incentivado, segundo a autora, pelo fato de que o processo judicial pátrio é

---

[173] Afirmam as autoras que "Dados do Comitê Gestor da Internet no Brasil – TIC Domicílios 2020 demonstram que 26% dos brasileiros afirmam não serem usuários da internet sob qualquer forma (47 milhões de não usuários)." ASPERTI, M. C. A.; CHIUZULI, D. R.; COSTA, S. H.; DELCHIARO, M. T. C. Quem paga a conta do congestionamento do Judiciário brasileiro? Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quem-paga-a-conta-do-congestionamento-do-judiciario-brasileiro-21022022. Acesso em: 5 abr. 2022.

[174] Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/30922> Acesso em 06/04/2022

[175] Disponível em: <https://worldjusticeproject.org/our-work/research-and-data/wjp-rule-law-index-2021> Acesso em 06/04/2022

[176] PREGRAVE, A. B. A ação enquanto direito. repensando o exercício (leal) do direito de ação na atualidade: entre a pura abstração e responsável cooperação pré-processual. (palestra). UERJ. Rio de Janeiro, 31/03/2022.

[177] "Conflitos e desordens seriam os sintomas da anomia jurídica e moral presentes na vida econômica, cujo progresso sem precedentes não tinha sido acompanhado pelo desenvolvimento de instituições dotadas de uma autoridade capacitada a regulamentar os interesses e estabelecer limites. (...) Enfim, sendo a divisão do trabalho

vantajoso para aqueles que violam as normas vez que conseguem, através da morosidade e inefetividade do processo, protelar qualquer tipo de reparação do dano ou resolução.

Os argumentos listados rechaçam a possibilidade de condicionamento do acesso ao Judiciário pela tentativa de autocomposição extrajudicial. Assim, concordam os autores sobre a possibilidade de criação de mais e melhores incentivos para que o jurisdicionado seja realmente estimulado a buscar soluções mais adequadas para seus problemas, sendo certo que a obrigatoriedade não se enquadraria como uma espécie de incentivo.

3.3. A hipótese da "janela de mediação"

Um interessante argumento trazido por Diego Faleck, no contexto da não obrigatoriedade da tentativa prévia de autocomposição, é o de que, ao longo das tratativas para resolução dos conflitos, os cenários vão se alterando de modo que a opção pela solução consensual se mostra ora mais ora menos atraente. Dessa forma, deve caber às partes a decisão sobre aproveitar ou não as janelas de oportunidade para negociar ou mediar, sendo coerente que a fricção causada em algumas etapas do procedimento adversarial pode contribuir para a percepção de que o procedimento consensual é a melhor opção naquela situação.

O conceito destacado pelo autor se refere, inicialmente à arbitragem, mas podemos importar a lógica para o processo judicial. A ideia é a de que, ao longo do processo, arbitral ou judicial, as partes podem ter acesso a outros argumentos e documentos probatórios que alteram a percepção em relação ao resultado a ser dado pelo tomador de decisão, situação esta que muda o valor, a utilidade e o contexto da disputa. Também é possível que as partes passem por mudanças de ordem financeira ou comercial, situações estas que podem, nas palavras do autor, "mudar o apetite racional por um acordo"[178].

Nos termos da teoria da negociação baseada em princípios, que será analisada no próximo capítulo, é altamente recomendado que as partes tenham elencado várias alternativas para a resolução da disputa. E o que o autor destaca é que essas alternativas são sempre

---

um fato social, seu principal efeito não é aumentar o rendimento das funções divididas mas produzir solidariedade. Se isto não acontece, é sinal de que os órgãos que compõem uma sociedade dividida em funções não se auto-regulam, seja porque os intercâmbios ou contatos que realizam são insuficientes ou pouco prolongados. Com isso, não podem garantir o equilíbrio e a coesão social. Nesses casos, o estado de anomia é iminente." QUINTANEIRO, Tania. BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira. OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro. Um toque de Clássicos: Marx, Durkheim, Weber. Editora UFMG, 2ª ed. Belo Horizonte. 2003. p. 85

[178] FALECK. D.; SANTOS, L. R. O. A janela de mediação. In: SANCHES, S.; NORTHFLEET, E. G. *Estudos sobre a evolução da arbitragem e da mediação no Brasil*. Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP e FIESP. São Paulo: Sesi Editora, 2021.

dinâmicas, ou seja, mudam a cada momento conforme o conjunto de informações e variáveis captadas pelas partes.

Assim, pode ser que as partes tenham passado por um momento de negociação pré-processual frustrante, tenham movido a ação judicial, mas após a realização da perícia e juntada de documentos comprobatórios, as expectativas em relação ao resultado tenham se modificado. Nesse momento se abre uma janela para a mediação (negociação facilitada ou, até mesmo, uma negociação direta)[179].

Nesse contexto, o próprio ambiente adversarial, com todos os seus desgastes e atritos, pode ser propício para retomar nas partes a vontade de negociar. Por isso destaca-se a importância da fluidez entre os métodos, para que as partes possam ir e voltar conforme o contexto do conflito se modifica. Nesse ponto, observa Faleck que a mediação se apresenta como uma opção melhor do que a negociação direta, já que o ambiente adversarial pressupõe uma comunicação mais "inflamada". O mediador, enquanto terceiro, poderia ser de grande ajuda aos negociadores criando a ambiência para uma negociação bem-sucedida.

O que se percebe, a partir do estudo analisado, é que no início das tratativas para resolução de um determinado conflito, enquanto as emoções e sensações de injustiça ainda estão muito afloradas, as partes têm, de fato, mais dificuldade em negociar, sendo apontado, portanto, que o procedimento consensual seja realizado em janelas de oportunidade que surgem ao longo do processo contencioso, momento em que as partes possuem maior perspectiva e clareza em relação à análise de risco do êxito. Esses momentos costumam acontecer após a realização de perícias ou da publicação de alguma decisão interlocutória.

Um aspecto muito relevante levantado pelo autor é a preocupação das partes com a eventual mensagem de fraqueza que a sugestão da mediação ou negociação pode causar. Sobre isso, percebe-se que o próprio desgaste emocional e econômico pelo qual as partes passam no processo adversarial muitas vezes deflagra o quão interessante pode ser a opção da negociação/mediação. Nesse momento, em que a oportunidade de acordo se torna mais atraente, as partes ficariam mais confortáveis em sugerir essa via, sem transmitir fraqueza.

---

[179] Sobre esse ponto, Explica Faleck: "Processos públicos e privados não são mutuamente excludentes, e partes, mesmo no contexto de tribunais, podem selecionar seus mediadores ou conciliadores privados. Métodos públicos e privados podem ser sequenciados. Não raro, partes podem estar diante de uma decisão sobre se devem tentar um processo facilitativo antes de ingressar com a ação no tribunal, ou se devem primeiro ajuizar a ação e, no curso do processo, retornar à mesa de negociação com as cartas mais claras. Em tese, partes podem prosseguir de maneira paralela. O processo oferece diversas janelas de oportunidades para que as partes voltem a refletir e reavaliem os seus casos, como por exemplo, o momento após a apresentação das defesas, oitiva de testemunhas, nomeação de um perito ou realização de prova pericial, deferimento ou indeferimento de liminares, entre outros." FALECK, D. *Manual de design de sistemas de disputas*: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 124.

Diego Faleck chama essa dinâmica de janela espontânea, em que as próprias partes percebem a oportunidade e se engajam na opção consensual. Outras formas, também mencionadas pelo autor, de se ter uma janela de negociação/mediação durante procedimentos contenciosos são as janelas contratuais e institucionais[180].

A colocação dessa hipótese entre a corrente contra a obrigatoriedade e a corrente a favor da obrigatoriedade é devida porque, nesse caso, as partes devem escolher a autocomposição de acordo com as janelas de oportunidade que dinamicamente se apresentam, o que pode acontecer antes ou durante a empreitada adversarial, não obstante a possibilidade de as partes contratualmente optarem por uma etapa consensual obrigatória.

3.4. Argumentos a favor da obrigatoriedade da tentativa extrajudicial prévia de autocomposição

Conforme já mencionado, existe uma tendência jurisprudencial e doutrinária recente sobre a releitura do princípio do acesso à justiça que concorda com a constitucionalidade da exigência de prévio requerimento extrajudicial antes da propositura de ações.

Relembra-se, pontualmente, que tal exigência não se confunde com a ideia de esgotamento das vias administrativas, já que tão somente o pedido e a demonstração de resistência à pretensão enviada pelo requerente, por parte do requerido, seja com um retorno explicitamente negativo seja pelo decurso de prazo razoável de resposta, supriria o requisito.

Essa tendência se fortalece ainda mais diante da esperança de que a sociedade internalize novos paradigmas de cooperação e adequação, e desenvolva a capacidade de resolver cada vez mais demandas por autocomposição[181], sem a necessidade de tutela estatal, sendo esta, de fato, a *ultima ratio*.

---

[180] As janelas contratuais se consubstanciam na previsão da resolução consensual em uma cláusula compromissória. Essa cláusula pode colocar a etapa autocompositiva como uma faculdade das partes ou também prever momentos específicos em que seria obrigatória a realização de uma reunião com o objetivo de verificar a possibilidade de iniciar uma janela de mediação. Já a janela institucional é aquela em que a previsão de realização de mediação está descrita no regulamento de câmaras de arbitragem e mediação . Portanto, a passagem pela autocomposição, nessas hipóteses, estaria atrelada à previsão em um instrumento contratual que, em certo grau, reflete a manifestação de vontade das partes.

[181] ROQUE, André Vasconcelos. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. DELLORE, Luiz. MACHADO, Marcelo Pacheco. GAJARDONI, F. F. ROQUE, A.; DELLORE, L.; MACHADO, M.; OLIVEIRA JUNIOR, Z. D. Releitura do princípio do acesso à Justiça: A necessidade de prévio requerimento e o uso da plataforma consumidor.gov.br. 2019. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-pro cesso-civil/304544/releitura-do-principio-do-acesso-a-justica-a-necessidade-de-previo-requerimento-e-o-uso-da-plataforma-consumidorgovbr> Acesso em 05 Abr. 2022.

Assim, seja pela necessidade de se comprovar o interesse de agir e a resistência à pretensão do requerente, seja pelo entendimento de que determinados procedimentos extrajudiciais são mais adequados para certos conflitos, fato é que a busca de soluções fora do judiciário tem ganhado cada vez mais argumentos que vão além de uma eventual contenção numérica de processos.

Dito isso, passa-se a argumentar a favor da obrigatoriedade da tentativa de autocomposição prévia primeiramente a partir das considerações teóricas sobre a separação das funções estatais. Segundo Rosalina Freitas, é chegado o momento em que se entende pertinente a adoção de uma concepção mais funcional de jurisdição no objetivo de permitir que o Estado exerça melhor suas atribuições[182].

Ao revisitar a teoria da separação dos Poderes e o estudo das funções típicas e atípicas de cada um deles, compreende a autora que o Estado e a sociedade passaram por tantas mudanças que, atualmente, não se sustenta mais a noção clássica de que a função jurisdicional se confina às vias judiciárias[183].

A concepção funcional da jurisdição, da qual fala Rosalina Freitas, se fundamenta em uma nova relação entre poder e função pautada pelo viés da eficiência, a qual já vem sendo colocada em prática em diversas situações, tais como: atribuição de competência decisória ao Tribunal de Contas sobre as contas dos administradores, ao Tribunal Marítimo sobre as causas de navegação, outorga de competência ao CNJ (Conselho Nacional de Justiça) para julgar processos administrativos relativos ao Judiciário, ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) sobre direito da concorrência, dentre outros exemplos relacionados à concessão de função jurisdicional aos cartórios.

A ideia de uma jurisdição compartilhada por diversas instituições é uma consequência do caminho evolutivo pelo qual perpassou o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Expressamente inserido na Constituição brasileira de 1946, o princípio da inafastabilidade consagrou a adesão do Brasil à teoria da tripartição dos Poderes.

Interessante ponto destacado pela autora é o de que o texto constitucional da época, se literalmente interpretado, delimitava a proteção apenas às lesões de direito individual[184]. Porém, mesmo diante da ambiguidade do texto, sempre prevaleceu a interpretação de que a

---

[182] SOUSA, R. F. M. Por uma concepção Funcional da Jurisdição. *Revista ANNEP de Direito Processual*, vol 1, n. 2, julho-dezembro, 2020.

[183] "Não se pode continuar a pensar a separação de poderes com os fundamentos de uma sociedade que não mais existe." Vide: SOUSA, Rosalina Freitas Martins.

[184] BRASIL, Constituição de 1946 art. 141, § 4º "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual".

proteção se estendia tanto a pessoas físicas, como jurídicas e entes despersonalizados no propósito de aproximar a redação do espírito da norma e da realidade fática. É essa mesma técnica que está sendo buscada para os propósitos do contexto atual.

Outro dado importante trazido pela autora sobre o texto constitucional de 1946 é a sua notória inspiração nas ideias liberais da Constituição brasileira de 1891. A Constituição de 1891, inspiração da constituição de 1946, consolidava a ideia de absoluta conexão entre a jurisdição e o Poder Judiciário através de uma unicidade orgânica e concentração da função jurisdicional na via judicial.

Durante o período da Ditadura Militar, no Brasil, foram expressamente excluídos da apreciação do Poder Judiciário os atos administrativos institucionais realizados pelo governo totalitário da época. Tal contexto de total suspensão do pleno exercício dos direitos fundamentais refletiu diretamente na Constituição de 1988, sendo, portanto, oportuno que estivesse expresso no texto constitucional o acesso ao Poder Judiciário como uma salvaguarda dos direitos[185].

Ocorre que as mudanças sociais e estatais pelas quais passamos até os dias atuais tornam impróprio o entendimento de que a jurisdição estaria limitada à via judicial, sendo necessária uma interpretação evolutiva.

Assevera a autora que, diante dos inúmeros conceitos que assume a palavra "poder" ao longo da CRFB de 1988, deve-se destacar aquele que é compreendido como faculdade de ação ou competência para agir. Assim, quando se diz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito[186], "não quer significar órgão (Poder Judiciário), mas, sim, função, faculdade de ação ou competência para agir em determinada faixa de atividade jurídica"[187]. Essa interpretação decorre da necessidade de que as respostas constitucionais sejam adequadas às exigências sociais da contemporaneidade.

Tal entendimento encontra-se em consonância com o princípio da separação dos Poderes enquanto "compreendido numa perspectiva de distribuição pragmática de funções entre órgãos estatais", ou seja, uma organização das funções do Estado fundamentada pela

---

[185] SOUSA, R. F. M. Por uma concepção Funcional da Jurisdição. *Revista ANNEP de Direito Processual*, vol 1, n. 2, julho-dezembro, 2020, p. 178.
[186] BRASIL. Constituição, 1988
[187] SOUSA, R. F. M. Por uma concepção Funcional da Jurisdição. *Revista ANNEP de Direito Processual*, vol 1, n. 2, julho-dezembro, 2020, p. 175.

adequação (e expertise) da instituição responsável cujo objetivo é aumentar sua eficiência no cumprimento de suas atribuições[188].

Registra-se ainda que essa interpretação reverbera na concepção de Sistema Multiportas e na leitura do CPC/15 na medida em que permite que, diante de uma ameaça ou lesão, pode o jurisdicionado buscar acesso à função jurisdicional mais adequada.

Outrossim, segundo Humberto Theodoro Junior, não é devida a interpretação de forma absoluta e irrestrita da inafastabilidade da jurisdição. Pelo contrário, é natural o estabelecimento de condicionantes ao direito de ação[189].

Para a construção de uma nova relação entre o jurisdicionado e a resolução de conflitos, baseada na adequação, cooperação e interesse de agir, afirma Marcelo Barbi, não basta "mudar endogenamente o processo, já que a jurisdição deve ser repensada sob o enfoque de uma alteração macroestrutural no sistema de acesso à justiça"[190].

No cenário macro, o Sistema de Justiça seria composto tanto pela jurisdição extra estatal quanto pela estatal, havendo entre elas, segundo o autor, uma relação de coordenação sucessiva de tutelas[191]. Tal organização sequencial dos meios de resolução de conflitos constrói uma escalada adequada para o regular exercício do direito de ação, preservando o núcleo essencial do acesso à justiça e refletindo em externalidades macroprocessuais positivas[192].

---

[188] Sobre conceito de jurisdição: "A assimilação pelo sistema jurídico brasileiro de mecanismos alternativos de solução de conflitos, como dito acima, leva a uma nova consideração do próprio conceito de jurisdição.38 Por certo, a consideração contemporânea desse instituto tenderá a ressaltar suas características de função e atividade e abrandar sua consideração enquanto poder estatal. De fato, introduzindo-se no objeto de estudo dos juristas e, em especial, dos processualistas novas formas de solução de controvérsias, não inseridas na burocracia judiciária estatal, o enfoque da jurisdição naturalmente recairá sobre sua função de pacificação social e atividade, caracterizada enquanto método de solucionar disputas. Dessa maneira, em uma definição alargada, o conceito de jurisdição poderá contemplar mecanismos alternativos de solução de controvérsias, ainda que não abrigados no aparato judiciário do Estado." SALLES, C. A. O Consenso nos Braços do Leviatã: os caminhos do judiciário brasileiro na implantação de mecanismos adequados de solução de controvérsias. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 4, n. 3, 2018, p. 233.

[189] Sobre esse ponto, ressalta o autor: "O que se vê é o estabelecimento lícito e legítimo de condicionantes para a formação da vontade social quanto à conveniência ou não da instauração de litígios, no exercício da autonomia privada." THEODORO JUNIOR, H. Acesso à justiça. Sociedade empresarial. Cláusulas estatutárias que condicionam a formação da vontade social quanto ao interesse em litigar ou não a procedimentos internos especiais: ausência de violação ao princípio da inafastabilidade de jurisdição. *Revista de Processo*, vol. 301/2020, p. 303-324, mar. 2020, p. 303-324.

[190] GONÇALVES, M. B. Jurisdição condicionada e acesso à justiça: considerações sobre a escalada de tutelas contra a fazenda pública. *Revista de Processo*, p. 319-338, 2016.

[191] Ibidem. P. 322.

[192] "É esse precisamente o caso em tela, eis que o condicionamento, sem esvaziar o conteúdo da garantia constitucional de acesso ao Judiciário responde às exigências de economia processual na medida em que (i) favorece o credor estatal que passa a dispor, para satisfação de sua pretensão, de um procedimento simplificado e econômico, já que o custo do acertamento administrativo remanesce a expensas do Estado ainda quando se resolve em desfavor do particular, sendo certo que, se fosse proposta ação judicial, este deveria suportar as

Por isso, argumenta-se em prol da obrigatoriedade da tentativa prévia de autocomposição já que o condicionamento de direitos fundamentais, no intuito de garantir sua efetividade, não é uma técnica processual nova para o legislador. Destaca-se, a título de exemplo, a limitação do direito fundamental de propriedade, previsto na CRFB/88 art. 5º, inciso XXII, pelo direito de vizinhança, previsto na legislação infraconstitucional, para proteger a propriedade de seu uso anormal e disfuncional. Outra situação semelhante é a previsão de ações afirmativas que excepcionam e condicionam o direito fundamental de isonomia. Como último exemplo destacado aqui, se refere o autor à definição de sujeitos legitimados para determinadas ações e a estipulação de prazos para o ajuizamento, como é o caso do mandado de segurança, vez que o descumprimento dessas condicionantes torna a via eleita inadequada.

Também não é novidade para o Poder Legislativo a temática da obrigatoriedade da tentativa de autocomposição. Relembra-se a apresentação do Projeto de Lei nº 4.827 em 1998 que visava exatamente a suspensão do processo pelo prazo de 90 dias, no momento de sua distribuição, para que o autor buscasse solucionar o problema pela mediação[193]. Apesar de o projeto de lei mencionar especificamente a mediação, destaca-se a importância de se respeitar a adequação do método às peculiaridades da questão, o que importa em perceber que existe uma necessidade de flexibilidade em relação à escolha do método extrajudicial a ser utilizado.

Kazuo Watanabe assevera a extrema importância do tratamento adequado dos conflitos no momento anterior à sua judicialização. Para o autor, a organização das políticas públicas e das estratégias privadas dedicadas ao momento pré-processual podem ser consideradas até mais importantes que aqueles cuidados dedicados às demandas já judicializadas, porque contribuem significativamente para a estabilidade social e construção da nova cultura (de pacificação)[194].

---

despesas processuais; (ii) permite ao credor da prestação conhecer as posições de defesa do Poder Público antes de deliberar acerca da oportunidade de ajuizar a ação judicial, de modo que corre um menor risco de sucumbência; e ainda, (iii) não se pode desconsiderar as benéficas externalidades macroprocessuais que decorreriam para o descongestionamento do Poder Judiciário." GONÇALVES, M. B. Jurisdição condicionada e acesso à justiça: considerações sobre a escalada de tutelas contra a fazenda pública. *Revista de Processo*, p. 319-338, 2016, p. 328.

[193] ALMEIDA, D. A. R. Novamente o princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. In: ZANETI JR., H.; CABRAL, T. N. X. (coords.). *Justiça Multiportas*. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2018, p. 936.

[194] WATANABE, K. "Acesso à justiça e solução pacífica dos conflitos de interesses". In: ZANETI JUNIOR, H.; CABRAL, T. N. X. (orgs.). *Justiça Multiportas*. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 817.

Paula Costa e Silva também aponta no mesmo sentido, destacando que a tendência atual do direito processual é o estabelecimento de uma relação de antecedência dos meios alternativos/adequados de resolução relativamente aos meios contenciosos[195].

Exemplifica a autora através do modelo de *pre-action protocols* utilizado no sistema inglês, em que são definidos "procedimentos padronizados e extrajudiciais de composição autônoma de conflitos"[196]. No caso inglês[197], se o conflito se enquadrar em uma das situações predeterminadas nos protocolos, as partes devem buscar, obrigatoriamente, uma solução negociada antes de ajuizar o pedido. Caso esse protocolo seja descumprido, podem ocorrer os seguintes cenários: a aplicação de penas civis que o juiz entender adequadas, com a extinção da ação por inadmissibilidade, ou pode ainda o juiz suspender a ação e direcionar as partes ao processo extrajudicial de composição, a depender do caso.

Outro exemplo destacado é o da lei alemã, que estabeleceu que adoção de procedimentos extrajudiciais prévios, previstos no §15a EGZPO[198], são verdadeiras condições de admissibilidade da ação.

Já a experiência francesa conta com o chamado "procedimento participativo" que prevê uma tentativa de acordo anterior ao processo judicial, ficando as partes isentas da tentativa apenas nos casos previstos em lei. Nota-se que é inadmissível o recurso ao juiz enquanto o procedimento participativo estiver em andamento, salvo nos casos de tutela de urgência[199]. Destaca-se, por oportuno, a Lei nº 2021-1729 de dezembro de 2021, que modificou o título II, artigo 4, da Lei nº 2016-1547, para aplicar novas regras de

---

[195] SILVA, Paula Costa e. "O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias". ZANETI JUNIOR, H.; CABRAL, T. N. X. (orgs.). *Justiça Multiportas*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 795.

[196] Ibidem. P. 796.

[197] A obrigatoriedade prévia de tentativa de resolução extrajudicial já é uma realidade em outros ordenamentos jurídicos, como é o caso da *Civil Procedure Rules*, na Inglaterra, em que, inclusive, são elencados alguns requisitos que devem ser observados pelos reclamantes no momento de tentar criar um acordo, para garantir que essa tentativa tenha validade caso a situação venha a ser direcionada ao juiz.

[198] ALEMANHA. Einführungsgesetz ZPO §15a. Disponível em: https://dejure.org/gesetze/EGZPO/15a.html Acesso em: 10 de novembro de 2022.

[199] FRANÇA. *Code Civil. Article 2065 (modifié par LOI n°2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 9) Tant qu'elle est en cours, la convention de procédure participative conclue avant la saisine d'un juge rend irrecevable tout recours au juge pour qu'il statue sur le litige. Toutefois, l'inexécution de la convention par l'une des parties autorise une autre partie à saisir le juge pour qu'il statue sur le litige. En cas d'urgence, la convention ne fait pas obstacle à ce que des mesures provisoires ou conservatoires soient demandées par les parties*. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006118175/#LEGISCTA000023276654 Acesso em: 10 de novembro de 2022.

"modernização da justiça no século XXI"[200], inserindo a obrigatoriedade da tentativa autocompositiva prévia expressamente para os casos até determinado valor e para os conflitos de vizinhança, sob pena de inadmissibilidade do pedido.

Também se verifica situação semelhante na Itália, onde foi promulgado o Decreto Legislativo nº 28 de 2010, determinando em seu artigo 5º a realização de "mediação prévia como condição de procedibilidade para o ajuizamento de ação judicial"[201] em certas matérias delimitadas expressamente no decreto. Destaca Flavia Hill que, no sistema italiano, "o processo judicial não prosseguirá enquanto não tiver sido tentada a mediação pelas partes, sempre que esta seja obrigatória"[202].

Pontua-se, brevemente, que apesar de a experiência italiana mostrar traços de insucesso, por conta de alguma repercussão impopular da medida, é importante reconhecer essas vivências internacionais como fontes de aprendizado. A rejeição da comunidade jurídica às mudanças expressivas é natural. Não se pode negar que existe medo em relação à utilização de ferramentas desconhecidas, medo de perder o controle dos clientes, medo de ter sua reputação e imagem afetadas negativamente, etc. Por outro lado, a obrigatoriedade ameniza o receio do advogado de transmitir mensagens de fraqueza diante da oferta da via consensual e cria mais um nicho de trabalho a ser devidamente remunerado, com a certeza de que a maioria dos caminhos profissionais possíveis ainda não foram encontrados. O aumento do engajamento na esfera extrajudicial e o avanço tecnológico nos apresentam diariamente mais e mais trajetórias.

Dito isso, passa-se para a relevante observação de que a exigência de procedimentos extrajudiciais prévios deve estar correlata à existência de instâncias administrativas adequadas, espaços de diálogo estruturados para a negociação, profissionais disponíveis e canais de atendimento eficazes para o recebimento das demandas das pessoas interessadas. Não só a administração pública, como também se espera que as empresas privadas utilizem mecanismos extrajudiciais (e, por vezes, internos) adequados para resolução de seus conflitos.

Conforme afirmam Fernando Gajardoni, André Roque, Luiz Dellore, Marcelo Machado e Zulmar Duarte Junior, só faz sentido condicionar o acesso ao judiciário à demonstração de que houve prévia tentativa de resolução extrajudicial se, e somente se, o

---

[200] FRANÇA. *LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle*. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000033418805 Acesso em: 10 de novembro de 2022.

[201] HILL, Flávia Pereira. A Nova Lei de Mediação Italiana. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume VI, 2013, p. 305.

[202] HILL, 2013. Ibid.

sistema extrajudicial de recepção e solução dos conflitos tenha capacidade de processamento adequado e satisfatório[203]. Caso contrário, em sendo o sistema extrajudicial burocrático e inacessível, não seria razoável submeter o interessado ao cumprimento de uma etapa vazia.

Assim, é necessário evidenciar que a obrigação não é apenas a do reclamante de buscar resolver extrajudicialmente a contenda, como também do próprio reclamado de estar disponível para receber e dar encaminhamentos relativos a essa demanda. A partir da premissa de que a cooperação é um dever que atinge as partes inclusive no momento pré-processual e de que o comando legal de estímulo à composição pacífica das controvérsias se estende a todos os envolvidos, o comportamento do reclamado também é um componente importantíssimo a ser considerado, principalmente em caso de a disputa vir a ser judicializada.

Concordam ainda os autores mencionados que a plataforma consumidor.gov, por exemplo, se apresenta como um bom mecanismo extrajudicial e que seria legítimo condicionar o ajuizamento das demandas à prévia solicitação na plataforma quando a empresa reclamada for cadastrada e esse for o canal comunicativo disponibilizado para a situação. Ou seja, a constitucionalidade da exigência se sustenta a partir da legitimidade do sistema extrajudicial, sendo o consumidor.gov, para os autores, um bom exemplo para casos de empresas já cadastradas.

Além disso, afirma Carlos Alberto de Salles que a cláusula constitucional de acesso à justiça deve ser compreendida sob dois enfoques, quais sejam (i) a vedação de o legislador (e o operador do direito) excluir lesão ou ameaça da apreciação jurisdicional e, notadamente, (ii) o dever de prestação jurisdicional[204], consolidando que o acesso possui uma importante acepção prestacional.

A garantia constitucional, no contexto da sociedade e do Estado contemporâneos, adquire uma feição prestacional ativa que enseja a disponibilização de meios funcionais. Segundo o autor, diante desse entendimento decorre o fundamento de que os métodos adequados não concorrem com a jurisdição estatal, mas a ela se somam como novos canais capazes de dar efetividade ao serviço de resolução de conflitos.

Uma vez disponíveis outros canais adequados para a resolução de conflitos, a sua utilização prévia, na forma de tentativa, se colocaria como mais um requisito, ao lado de

---

[203] GAJARDONI, F. F. ROQUE, A.; DELLORE, L.; MACHADO, M.; OLIVEIRA JUNIOR, Z. D. Releitura do princípio do acesso à Justiça: A necessidade de prévio requerimento e o uso da plataforma consumidor.gov.br. 2019. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-pro cesso-civil/304544/releitura-do-principio-do-acesso-a-justica-a-necessidade-de-previo-requerimento-e-o-uso-da-plataforma-consumidorgovbr> Acesso em 05 Abr. 2022.

[204] SALLES, C. A. O Consenso nos Braços do Leviatã: os caminhos do judiciário brasileiro na implantação de mecanismos adequados de solução de controvérsias. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 4, n. 3, 2018, p. 225.

outros já existentes, para a obtenção de uma tutela estatal. Não há propriamente uma exclusão da apreciação judicial, mas tão apenas um condicionamento mais robusto.

Outro ponto importante é a necessidade de consideração do comportamento cooperativo das partes no momento de fixação de eventuais indenizações, honorários de sucumbência, valores a serem pagos à título de "danos marginais", isto é, o investimento de tempo e de dinheiro, realizado pelo requerente na tentativa de resolução extrajudicial deve ser compensado.

Fernando Gajardoni destaca que esse entendimento é reforçado pelo reconhecimento da Teoria do Desvio Produtivo, fixada pelo STJ, como fator majorante das indenizações[205]. Segundo essa teoria, o tempo investido pelo demandante na tentativa de solução do problema gerado por um "mau demandado" deve ser indenizado.

Assim, a tese defendida é a de que a busca pela solução consensual já é um dever das partes, decorrente do atual arcabouço normativo e principiológico. Diante da existência de um mecanismo extrajudicial de recepção e apreciação do pedido, apto a realizar o processamento de forma eficaz, tal pedido deveria ser condição para o exercício do direito de ação. Caso o conflito seja judicializado

> aquele que resistiu sem razoabilidade à solução consensual (seja demandante ou demandado), impondo arbitrariamente que o caso seja decidido pelo juiz, deve sofrer as consequências do seu comportamento processual conflitivo, em violação ao espírito dos arts. 3º, §§ 2º e 3º, e 5º, todos do CPC, e da Resolução 125 do CNJ [206].

Teresa Arruda Alvim também alerta para o fato de que, no Brasil, a maior parte das ações trata de direitos individuais homogêneos, e são ajuizadas em face de concessionárias, contra os bancos, contra o próprio Estado e suas empresas. Por esta constatação, retoma-se a ideia de que a exigência de tentativa extrajudicial prévia de resolução recai sobre as instituições na forma de prestação de serviço de recepção e processamento das demandas de maneira eficiente. Assim, diante da inexistência de retorno ou de tratamento efetivo da demanda por parte do requerido, abre-se para o requerente a prerrogativa de buscar auxílio através do Poder Judiciário.

---

[205] Citam os autores os seguintes acórdãos como exemplos de casos em que foi fixada indenização em favor de consumidores que despenderam considerável tempo na tentativa frustrada de resolução extrajudicial da demanda: "REsp 1.634.851/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi; AREsp 1.260.458/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze; AREsp 1.132.385/SP, 3ª Turma, Rell. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; e AREsp 1.241.259/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira".

[206] GAJARDONI, F. F. Releitura do princípio do acesso à Justiça em tempos de pandemia. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 21, nº 55, p. 51-62, Julho-Setembro/2020, p. 61.

Para a aplicação da lógica que se deseja construir, retomamos que a parte que não coopera para a resolução extrajudicial da disputa deveria ser de alguma forma coibida, seja pela possibilidade de uma majoração na indenização moral, seja pela consideração do comportamento não cooperativo no momento da alocação das custas judiciais[207].

Nesse sentido, exemplifica Teresa Arruda Alvim dizendo que, em alguns estados australianos, o não envolvimento do requerido na mediação leva a custos adversos[208]. A situação mais comum se consolida quando a proposta colocada na mesa de negociação é comprovadamente mais vantajosa do que o resultado apresentado em juízo. Nesses casos, as penalidades econômicas para a parte que não cooperou para a resolução amigável são bem elevadas, uma vez que provocou a utilização desnecessária da máquina estatal.

Portanto, a exigência de tentativa de resolução extrajudicial da questão seria uma obrigação de mão dupla, isto é, recai sobre os comportamentos de todas as partes envolvidas na demanda. Cabe ao requerente buscar conhecer o canal comunicativo e resolutivo mais adequado, e ao requerido a disponibilização de espaços de recebimento e processamento efetivo dos conflitos. A ausência de canal comunicativo extrajudicial hábil obstaculariza a tentativa de construção do consenso, e nesse cenário não há de se falar em exigências.

Em relação ao importante argumento sobre o acesso da população em situação de vulnerabilidade e exclusão digital, destaca-se que é necessário que os Estados disponibilizem orientação e informação através de salas e espaços públicos de direcionamento do jurisdicionado aos meios de resolução competentes[209].

No Brasil, as Defensorias Públicas, por sua vez, têm como função a assistência jurídica das pessoas em situação de vulnerabilidade, conforme inovação trazida no art. 5º LXXIV da CRFB 88. Diogo Esteves e Franklyn Silva esclarecem que a assistência jurídica, diferentemente da assistência judiciária prevista nas normas anteriores, é o auxílio amplo e integral do indivíduo, inclusive no que tange à orientação sobre os diferentes mecanismos de resolução e composição extrajudicial prévia[210]. Os autores apontam ainda que a assessoria

---

[207] *Ibidem*. P. 59.

[208] WAMBIER, T. A. A. Mandatory mediation: is it the best choice? *Revista de Processo*, vol. 225, 2013, p. 14.

[209] *What are the implications of this thesis for ADR? How can we achieve a paradigm shift from a court-based system of dispute resolution that is predicated on litigation as a means of "winning" disputes to an ADR system that emphasizes the resolution of disputes? (...) We should try to build new institutions into the existing dispute resolution structure, rather than create exogenous mechanisms. An example is the multidoor courthouse (pp. 514-518).* GOLDBERG, S.; SANDER, F.; ROGERS, N.; COLE, S. *Dispute resolution*: negotiation, mediation, and other processes. Published by Wolters Kluwer Law & Business. 6 ed. New York. 2012, p. 875.

[210] Sobre assistência jurídica: "Constituem arquétipos de assistência jurídica, por exemplo, o esclarecimento de dúvidas, a orientação jurídica preventiva, a elaboração de contratos, o auxílio legal para a conclusão de negócios jurídicos em geral, a composição extrajudicial de conflitos, a atuação em processos administrativos, a defesa de

pública em matéria de atos extrajudiciais poderia prevenir o direcionamento de demandas ao Poder Judiciário causadas pelo entendimento errôneo que os cidadãos fazem de suas situações jurídicas.

Sobre a atuação do advogado, público ou privado, informam que alguns Estados americanos, por exemplo, já possuem normas éticas e procedimentais que obrigam os procuradores a discutirem as opções extrajudiciais com seus clientes. O estudo e familiaridade com os diversos sistemas extrajudiciais é encarado como um dever profissional nessas localidades[211].

No Brasil, no que tange à Defensoria Pública, há a incumbência de orientação jurídica tanto judicial quanto extrajudicial, nos termos do artigo 1º da Lei Complementar nº 80 de 1994, amparando os vulneráveis em todas as esferas de atuação. Portanto, o engajamento em uma atuação extrajudicial já deveria fazer parte do espectro comportamental do advogado, principalmente daqueles que atendem a população mais vulnerável.

Quanto à exclusão digital, aponta a pesquisa mais recente do Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação[212] que 86% dos domicílios urbanos e 65% dos domicílios rurais têm acesso à internet, o que significa que ainda existem milhões de brasileiros não têm acesso à internet dentro de casa. Uma interessante solução para essa situação é a iniciativa das salas passivas[213], localizadas dentro dos Tribunais de Justiça ou em pontos de apoio itinerantes, cujo objetivo é a disponibilização de estrutura tecnológica necessária para que as partes hipossuficientes possam participar dos atos digitais. As salas passivas têm um enorme potencial de utilização a ser explorado no que tange a oferta de facilidades ao jurisdicionado para que possam cumprir os atos de caráter obrigatório, como seria a hipótese da tentativa extrajudicial de resolução por sítio online.

Portanto, existindo outras vias aptas ao atendimento e processamento eficaz do pedido do demandante, este não deveria ter à sua livre escolha a opção de começar pelo Poder Judiciário, vez que a viabilidade em sede extrajudicial afasta o preenchimento do interesse de

---

interesses em instâncias extrajudiciais, a conscientização da população sobre seus direitos etc. Não podemos esquecer, ainda, que a assistência jurídica, por englobar integralmente o conceito de assistência judiciária, também pode ser caracterizada pela propositura de ações judiciais, pela apresentação de defesa e pela atividade de acompanhamento do processo judicial, em todas as instâncias, até o seu encerramento." ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 214.

[211]GOLDBERG, S.; SANDER, F.; ROGERS, N.; COLE, S. *Dispute resolution*: negotiation, mediation, and other processes. Published by Wolters Kluwer Law & Business. 6 ed. New York. 2012, p. 698.

[212] Disponível em https://cetic.br/pt/tics/domicilios/2020/domicilios/A4/ Acesso em 19/04/2022

[213] Iniciativa do TJ-GO, disponível em https://www.oabgo.org.br/oab/noticias/informativos/tj-go-substituira-cartas-precatorias-por-agendamento-eletronico-nas-unidades-judiciarias/ Acesso em 10/04/2022.

agir. Contudo, para que essa filtragem não se desvirtue em obstáculo de acesso à justiça é imprescindível a efetividade dos processos extrajudiciais.

Nesse ponto, cumpre mencionar o raciocínio desenhado por Silas Dias de Oliveira Filho[214] no sentido de afirmar que há um falso dilema entre acesso à justiça[215] e efetividade[216]. O acesso, seja ele pelo Judiciário ou não, deve ser adjetivado pela eficiência, pois é este o comando Constitucional. Assim, a existência de métodos extrajudiciais capazes de satisfazer a demanda, entregando acesso efetivo à ordem jurídica, obstaria, num primeiro momento, a disponibilidade dos órgãos judiciais para garantir a eficiência destes quando o caso necessitar dessa via.

Conclui o autor retomando a aplicação do Princípio da Proporcionalidade, para que a medida resolutiva seja proporcional ao problema, e indicando que a viabilidade ou não da resolução extrajudicial é o critério de filtragem entre as demandas que poderiam ser desde logo judicializadas e aquelas que dependem de uma tentativa prévia extrajudicial[217]. Os argumentos listados pretendem estimular a reflexão de que a obrigatoriedade da tentativa autocompositiva prévia se insere como uma boa estratégia para a eficiência macroprocessual do sistema de justiça e, principalmente, como uma hipótese constitucionalmente viável.

3.5. A escolha do método consensual e a comprovação da tentativa

Destacam-se duas grandes preocupações de ordem prática em relação à obrigatoriedade da tentativa de autocomposição prévia: a primeira é a escolha do método

---

[214] OLIVEIRA FILHO, S. D. *Interesse processual e acesso à ordem jurídica justa*: a efetiva necessidade do processo judicial como filtro válido de demandas. Tese (Doutorado em Direito), Pós-Graduação da Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021, p. 181.

[215] art. 5º, XXXV, da CRFB.

[216] art. 37, caput, da CRFB.

[217] "O objetivo da utilização do interesse processual como filtro de demandas é direcionar a parte ao meio extrajudicial existente e adequado à satisfação de sua pretensão, possibilitando-lhe obter, com maior eficiência e economia, o bem da vida almejado e, com isso, imprimir, também, maior eficiência à administração da Justiça, poupando escassos recursos que poderão ser empregados em demandas que efetivamente necessitam de intervenção jurisdicional para satisfação. Não se trata de buscar a "opção menos ineficiente" 682, mas de estruturar todos os elementos do sistema, evitando-se a manutenção de opções redundantes e sobrepostas diante da escassez de recursos, de modo a dotá-lo de aptidão para, seja judicial ou extrajudicialmente, atender de forma adequada, tempestiva e efetiva as demandas que lhe são apresentadas. (...) A aplicação do filtro somente se mostra legítima na medida em que acompanhada da existência de mecanismos que permitam, concretamente, ao interessado fruir do bem da vida almejado". OLIVEIRA FILHO, S. D. *Interesse processual e acesso à ordem jurídica justa*: a efetiva necessidade do processo judicial como filtro válido de demandas. Tese (Doutorado em Direito), Pós-Graduação da Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021, p. 187-188.

consensual a ser utilizado e a segunda é a comprovação em juízo da tentativa de autocompor[218].

Tanto em relação à escolha do método quanto à sua demonstração posterior em juízo, enfrenta-se o problema da necessidade de validação futura das condutas das partes por um magistrado. Isto é, o cumprimento do requisito só é chancelado caso o método escolhido seja aquele assentido pelo juiz, o que acaba por tornar o cumprimento do requisito mais rigoroso do que realmente deveria ser. Por exemplo, na jurisprudência se verificam muitas decisões terminativas extinguindo processos por ausência de tentativa prévia especificamente junto ao consumidor.gov. Em outros casos, também se observou a suspensão do processo para que fosse realizado requerimento designadamente junto deste portal virtual. Todavia, a delimitação do escopo de atuação extrajudicial a um determinado método específico não é oportuna.

Nas palavras de Diogo Rezende de Almeida, pode ser que, para determinado caso, a mediação seja "um tiro de canhão para matar uma formiga", haja vista que a negociação direta, por exemplo, seria o mecanismo mais adequado.

Teresa Arruda Alvim, em seu trabalho sobre mediação obrigatória, também sinaliza que a utilização específica da mediação facilitativa só deveria ser considerada uma condição para o ajuizamento de demanda em algumas situações muito peculiares, sob pena de se criar, de fato, um impedimento para o acesso à justiça e de não se respeitar a relação de adequação entre o caso e o método.

Eleger um método extrajudicial principal seria cair no problema do *one size fits all*[219] presente no método judicial.

Por isso, a melhor concepção seria a de que existem diversos métodos consensuais de resolução de disputas os quais as partes podem fazer uso em sua forma "padrão" ou elaborar sistemas para atender as especificidades do caso. Diego Faleck esquematiza as quatro

---

[218] Sobre a participação obrigatória em processos de resolução de disputas pré-processuais, afirmam Goldberg, Sander, Rogers e Cole: "*Mandated participation at times is framed as a prerequisite to initiating litigation, as in some farm-credit mediation and medical malpractice screening panels. In other instances, categories of cases in litigation are sent wholesale to a mandated process, such as in some domestic relations mediation programs and some court-annexed non-binding arbitration programs. In still other instances, the court is authorized to select cases for mandatory referral or to require participation by one party when the other requests it.* ***When participation is mandated, the level of required participation is defined in a variety of ways.*** *In some jurisdictions, the disputing parties are only required to attend a mediation "orientation." In others, they may be required variously to attend a full dispute resolution session, to bring information, to stay a period of time if not excused by the third-party neutral, to bring settlement authority, to negotiate in good faith, or to participate in a meaningful way*". GOLDBERG, S.; SANDER, F.; ROGERS, N.; COLE, S. *Dispute resolution*: negotiation, mediation, and other processes. Published by Wolters Kluwer Law & Business. 6 ed. New York. 2012, p. 822.

[219] WAMBIER, T. A. A. Mandatory mediation: is it the best choice? *Revista de Processo*, vol. 225/2013. Novembro 2013, p. 3.

categorias mais comuns para a elaboração de sistemas: "(i) arranjos contratuais, com diferentes graus de complexidade; (ii) os sistemas de indenização, públicos e privados; (iii) os sistemas organizacionais e institucionais, internos ou externos, públicos ou privados; e (iv) os sistemas *online*"[220].

Os arranjos contratuais, como as cláusulas escalonadas, estabelecem o uso de mecanismos autocompositivos por meio de combinados formais que orientam as partes a se utilizarem, por exemplo, de notificações e negociações de boa-fé como condição para o início de um processo heterocompositivo (como a arbitragem ou o processo judicial)[221].

Os programas ou sistemas de indenização podem ser públicos, privados, nacionais, internacionais, com ajuda do governo ou não[222]. Eles são uma composição customizada de mecanismos sequenciados de maneira a trazer benefícios para todas as partes envolvidas através do uso de justiça procedimental. De um lado, a instituição responsável desembolsa menos recursos, haja vista a considerável redução dos custos de transação, e isso reflete em maior transferência de valor para os requerentes que estão do outro lado da relação[223].

Sobre os sistemas institucionais, aponta-se que é um conceito estadunidense desenvolvido na década de 1990 como alternativa ao modelo tradicional de gerenciamento de

---

[220]FALECK, D. *Manual de design de sistemas de disputas*: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 159.

[221] Um interessante ponto observado por Faleck, citando Sander, Bordone e Rogers, mostra que os envolvidos em um arranjo que prevê a utilização prévia de algum método autocompositivo antes do ajuizamento da demanda, apesar de estarem contratualmente compelidos, não se sentem em "perda de tempo" ou "cumprindo uma etapa vazia". A obrigatoriedade da tentativa prévia de autocomposição, quando colocada em um acordo anterior, se torna uma etapa inteligível e palatável para as partes. Notam os autores que essa reação de aceitação das cláusulas que impõem comportamentos cooperativos prévios têm mais receptividade do que cláusulas que estipulam arbitragens prévias, por exemplo. Observa-se que as partes apresentam receios maiores diante de procedimentos, em regra, mais complexos e que aparentam demandar maiores investimentos de tempo e dinheiro. ROGERS, N. H; BORDONE, R. C; SANDER, F.; MCEWEN, C. *Designing Systems and Processes for Managing Disputes*. New York: Wolters Kluwer, 2013, p. 292.

[222]FALECK, D. *Manual de design de sistemas de disputas*: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 166.

[223] Sobre os programas de indenização, destaca Faleck: "Os casos nacionais de destaque compreendem a CI 3054, o PI 447 e o PIM da Fundação Renova. Entre os casos norte-americanos de maior destaque encontramos o *September 11th Compensation Fund* de 2002, o *Gulf Coast Claims Facility* de 2010, criado para indenização das vítimas do vazamento de petróleo no Golfo do México pela empresa *British Petroleum*, que, parcialmente frustrado, foi transferido para a supervisão judicial no renomeado *Deepwater Horizon Oils Spill Trust*, de 2021, e diversas outras iniciativas referentes à contaminação de vítimas com amianto, implantes de silicone, e vítimas de ataques terroristas como o ataque à bomba na maratona de Boston em 2013. Com efeito, a prática *das claims resolution facilities*, ou "câmaras de indenização", é muito comum nos Estados Unidos da América. (...) As iniciativas de participação colaborativa de autoridades em sistemas de indenização no país, com os exemplos mencionados, têm se provado muito mais efetivas para a tutela de vítimas do que o ajuizamento de ações ou outras formas de pressão nesse tema. FALECK, D. *Manual de design de sistemas de disputas*: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.166-168.

conflitos de ambiente de trabalho, com o escopo de manter relações trabalhistas positivas[224]. É uma maneira sofisticada de lidar com conflitos dentro de organizações baseada no uso de negociação e outros métodos adequados[225].

Os sistemas *online* são aqueles que incorporam mecanismos digitais nos processos de resolução de disputas, combinando criativamente as ferramentas de negociação e as de tecnologia em uma plataforma *online* ou *marketplace*[226]. Além dos casos em que o recebimento e processamento da demanda é realizado por uma máquina ou software, também há de se destacar os casos em que os operadores do direito se utilizam de salas virtuais para realização dos procedimentos de negociação, mediação, facilitação etc.

Diante desse extenso rol de mecanismos extraprocessuais possíveis, pré-estabelecidos ou personalizados, qualquer tentativa de delimitação normativa ou jurisprudencial do método a ser utilizado se torna insuficiente. Daí a questão prática da escolha e comprovação da tentativa, vez que cabe ao juiz também estar ciente de que as partes podem optar por movimentos autocompositivos ora mais simples ora mais complexos e igualmente cumprir com o requisito.

É importante dar ao processualista e às partes interessadas espaço para criarem mecanismos adequados aos problemas que pretendem resolver, não sendo coerente limitá-los a determinados modelos resolutivos já existentes.

Da mesma forma, não caberia a obrigatoriedade de finalização das etapas do método escolhido, vez que isso dependeria do retorno da outra parte no sentido de dar continuidade às tratativas, além de ser incompatível com a voluntariedade e a autonomia da vontade, princípios basilares da autocomposição. Não só a escolha do meio extrajudicial de resolução deve caber ao interessado, como também convém à parte a decisão de permanecer na esteira do procedimento extrajudicial até o seu fim ou não. Isso porque, analogamente à desnecessidade de exaurimento das vias administrativas, também não faz sentido que o

---

[224] EDWARDS, B. Renovating the multi-door courthouse: Designing trial court dispute resolution systems to improve results and control costs. *Harv. Negot. L. Rev*., v. 18, p. 281, 2013.

[225] Sobre sistemas institucionais, Faleck: "Algumas organizações na iniciativa privada já reconheceram que a capacidade de negociar e resolver suas disputas com eficiência é uma das principais competências que seus administradores podem ter. Hallam Movius e Lawrence Susskind trazem a inovadora ideia de que a capacidade de negociação em organizações não pode ser tratada como competência individual, mas sim como uma competência organizacional. Tal necessidade se torna ainda mais aguda se a organização a que nos referimos é uma entidade pública." FALECK, D. *Manual de design de sistemas de disputas*: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 173.

[226] RABINOVICH-EINY, O.; KATSH, E. Technology and the future of dispute systems design. *Harv. Negot. L. Rev.*, v. 17, p. 151, 2012.

requerente permaneça num procedimento extrajudicial até o seu fim, vez que fundamentado na autonomia da vontade.

Tal entendimento garante a preservação dos princípios da voluntariedade e consensualidade, posto que a obrigatoriedade está em conhecer o canal resolutivo disponível e tentar sua utilização. A partir de então, a permanência no caminho procedimental extrajudicial é uma opção voluntária do interessado[227].

O que ocorre, portanto, conforme afirma Humberto Theodoro Junior, é a obrigatoriedade de o interessado tomar algumas providências extrajudiciais, no intuito de solucionar a questão, antes de ajuizar o pedido. O que se considera legítima é a exigência da demonstração de um primeiro movimento em prol da autocomposição através de algum método extrajudicial disponível ou a demonstração das razões que tornam a via judicial inequivocamente mais adequada.

O foco é exatamente a exteriorização de que não foi possível ao demandante obter a satisfação do pedido de forma extrajudicial e que, diante dessa frustração, se abriu para ele a opção do Poder Judiciário. Pensamos que, num cenário ideal, o jurisdicionado e os profissionais do direito teriam familiaridade e destreza com o manejo de diversas ferramentas para realização das negociações, sejam elas diretas ou facilitadas, tais como pedidos administrativos, procedimentos específicos para a contenda em questão, canais de contato e atendimento ao cliente, sendo necessária a tentativa por algum desses métodos.

A limitação rigorosa dos meios autocompositivos e dos elementos de confirmação da tentativa reconhecidos pelos juízes como aptos se enquadraria, então, como óbice ao acesso à justiça na mesma medida em que a inexistência total dos meios impede a legitimidade da exigência da tentativa.

Assim, em um contexto de existência de métodos extrajudiciais adequados (desde a negociação direta até um design de sistema específico), e verificado o movimento dos demandantes na utilização de algum deles para pelo menos conhecer e levar sua insatisfação ao demandado, oportunizando um acordo em potencial, restaria cumprido o requisito para ajuizamento do pedido.

3.6. Construindo uma corrente intermediária

---

[227] ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 195, p. 185-208, mai./2011.

O tema da obrigatoriedade da tentativa de autocomposição prévia ainda está no estado da arte. Há muito conhecimento sendo produzido, tornando a catalogação e aplicação prática das ideias um desafio. A elaboração de uma corrente intermediária figura-se como uma estratégia de aproximação entre a teoria e a realidade.

O que se quer explorar é a visualização de uma situação hipotética capaz de conjugar as releituras acima propostas e as preocupações apresentadas pela corrente mais conservadora. O intuito é o de que a obrigatoriedade não seja vista como uma afronta à liberdade, mas sim uma movimentação simples e lógica em prol do acesso à justiça.

O pressuposto inicial dessa corrente é o de que a obrigatoriedade não está vinculada a um método autocompositivo formal, único, fixo e pré-existente, pelo contrário, assume-se que todo fluxo a favor da potencial construção de um acordo, sem a necessidade de efetivamente chegar ao acordo, é capaz de cumprir com a exigência[228]. Da mesma forma, a documentação capaz de comprovar em juízo que a primeira tentativa de resolução foi amigável deve ser ampla, cabendo ao juiz se satisfazer com evidências simples.

O direcionamento primeiro da resolução do conflito deve seguir critérios racionais de alocação proporcional às características de cada caso, para que se torne cada vez mais claro quais casos precisam ser levados ao tribunal e quais podem ser resolvidos de outras maneiras. A corrente que se quer construir deve se preocupar em olhar para o problema, como ele surge, como a pretensão ficou desatendida e qual o canal de comunicação pacífico e adequado para o contexto[229].

Também é coerente com o propósito aqui desenvolvido esperar do requerente, quando este levar a causa inicialmente ao método adjudicatório, a explicação da relação de adequação entre o conflito e o caminho judicial escolhido.

---

[228] "Somos de opinião que as partes deveriam ter a obrigação de demonstrar ao Juízo que tentaram, de alguma forma, buscar uma solução consensual para o conflito. Não há necessidade de uma instância prévia formal extrajudicial, como ocorre com as Comissões de Conciliação Prévias[28] na Justiça do Trabalho; basta algum tipo de comunicação, como o envio de uma carta ou e-mail, uma reunião entre advogados, um contato com o *call center* de uma empresa feito pelo consumidor; enfim, qualquer providência tomada pelo futuro demandante no sentido de demonstrar ao Juiz que o ajuizamento da ação não foi sua primeira alternativa. Estamos pregando aqui uma ampliação no conceito processual de interesse em agir, acolhendo a ideia da adequação, dentro do binômio necessidade-utilidade, como forma de racionalizar a prestação jurisdicional e evitar a procura desnecessária pelo Poder Judiciário. Poderíamos até dizer que se trata de uma interpretação neoconstitucional do interesse em agir, que adequa essa condição para o regular exercício do direito de ação às novas concepções do Estado Democrático de Direito". PINHO, H. D. B. A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br. Acesso em: 23 maio 2022.

[229] SANDER, F. Varieties of Dispute Processing. In.: LEVIN, L. A.; WHEELER, R. R. The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future. St. Paul Minnesota: West Publishing CO., 1979, p. 67.

Assim, no caso de a parte autora não demonstrar a tentativa prévia de autocomposição ou não se manifestar sobre eventual pertinência do método judicial, caberia ao juiz a suspensão do processo por prazo determinado para que a parte possa buscar o canal comunicativo amigável disponível[230].

Cabe mencionar que a extinção do processo sem resolução de mérito seria apenas uma decorrência exclusiva da inércia da parte em, injustificadamente, não tentar resolver extrajudicialmente ou não esclarecer a adequação da via judicial após a abertura de prazo para tal.

Havendo alguma peculiaridade que torne a autocomposição inadequada para o caso ou alguma situação que incorra na perda das características que a tornam vantajosa, o caso poderia seguir os trâmites judiciais regulares para a sentença de mérito, sem prejuízo das possíveis janelas de negociação que podem se abrir ao longo do processo.

O caso também poderia seguir no processo judicial nas hipóteses de tentativa infrutífera de autocomposição, ausência de retorno sobre a tentativa por parte do suposto réu e/ou total inexistência de canal comunicativo extrajudicial entre as partes.

Essa corrente também contaria com o condicionamento da exigência de autocomposição prévia por meios virtuais à existência de salas passivas nos Tribunais destinadas a atender a população hipossuficiente e excluída digitalmente, para que possam ter informações e recursos materiais tecnológicos para a realização das soluções adequadas para seus conflitos.

Por fim, é importante visualizar um fluxo que tenha maior preocupação com a verificação do cumprimento do dever de cooperação entre as partes, da demonstração do interesse processual e que seja mais comprometido com a adequação dos procedimentos resolutivos ao caso concreto.

---

230 “Assim, ajuizada diretamente ação judicial sem que a parte, nos casos em que isso seja possível e recomendável, tenha tentado extrajudicialmente a solução do conflito, deve o Judiciário, com base nos artigos 3º e 6º do CPC (dever de autocomposição e cooperação), suspender o feito (e não indeferir a inicial) para que seja, então, feita a postulação pela via administrativa própria pelo autor. Com a notícia de que não houve reconhecimento ou transação extrajudicial com o demandado, o processo terá seguimento, mesma solução a ser adotada se, eventualmente, a resposta à reclamação do jurisdicionado não for dada em prazo razoável (estimado pelo juiz). Caso, contudo, venha a notícia de que as partes se entenderam extrajudicialmente por transação ou reconhecimento jurídico do pedido, não há mais interesse/necessidade da prestação jurisdicional, pelo que feito prematuramente proposto será extinto, sem análise, nos termos do art. 485, VI, do CPC.” GAJARDONI, F. F. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério: uma proposta de releitura do princípio do acesso à justiça à luz do CPC/15. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Ano 14, vol. 21, n. 2, maio a agosto de 2020, p 108.

3.7. Prognósticos sobre a obrigatoriedade da tentativa prévia

Defende-se que a obrigatoriedade da tentativa prévia de resolução autocompositiva é constitucional e decorre do entendimento de que a jurisdição não se limita ao Poder Judiciário[231], sendo compatível com o Princípio do Acesso à Justiça e da Inafastabilidade da Jurisdição. Anui-se com o pensamento de que a obrigatoriedade da participação em processos de resolução de disputas extrajudiciais pré-processuais é muitas vezes apropriada.

Condicionar o exercício do direito de ação à tentativa de resolução extrajudicial não significa obrigar a chegar a um acordo. A criação do consenso e assunção de compromissos requer autonomia e voluntariedade, já a instrução sobre as possibilidades de resolução e sua tentativa não.

Retomando os subprincípios que informam o acesso à justiça, pensa-se que a obrigatoriedade da tentativa prévia autocompositiva respeita o núcleo essencial do acesso na medida em que possibilita o manuseio adequado dos instrumentos processuais disponíveis. Cumpre-se com a operosidade pois demanda dos profissionais da resolução de conflitos a utilização correta de cada método para que estes possam operar com qualidade. O subprincípio da utilidade também é garantido pela perspectiva de celeridade na resolução extrajudicial, com o menor comprometimento possível da segurança jurídica. E por fim a proporcionalidade permite sopesar princípios, regras, procedimentos, para decidir qual conduta de fato possibilitará que a justiça seja entregue.

As condicionantes para o regular exercício do direito de ação precisam ser cuidadosamente projetadas para abranger uma variedade de preocupações importantes, dentre as quais se destacam: custos financeiros e emocionais para as partes; entrega de resultados satisfatórios e duradouros; não prejudicar os grupos que historicamente se encontram em situação de vulnerabilidade e exclusão; garantir o bom funcionamento dos tribunais; criação

---

[231] "Dessa forma, ao longo dos tempos a concepção de jurisdição vem passando por significativas transformações, em decorrência da evolução social, jurídica e política de nosso ordenamento, especialmente no tocante à sua finalidade e abrangência, devendo ser ressaltado que ela age para garantir a satisfação de interesses privados e públicos. Pode-se dizer, ainda, que a versão contemporânea de jurisdição sofreu influência de três importantes movimentos: a) a democratização do Estado de Direito; b) a constitucionalização das normas infraconstitucionais, incluindo o direito processual civil; c) a necessidade de tutela e efetividade dos direitos fundamentais. (...) Mas a constante evolução do conceito de jurisdição foi além, e inclinou-se para reconhecer que o Estado não possui o seu monopólio, podendo ser exercida também fora do Poder Judiciário, ou seja, sem a presença do Estado." CABRAL, T. N. X. *Limites da liberdade processual*. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 46.

de uma relação de confiança entre o jurisdicionado e o Sistema de Justiça; etc[232]. Ou seja, garantir que os impactos desse movimento sejam positivos para os cidadãos.

Por essa razão, apesar dos benefícios trazidos pela obrigatoriedade e sua pertinência em relação às releituras de alguns dispositivos constitucionais, ainda não seria conveniente a sua instituição caso se leve em consideração a forma proposta pelos Projetos de Lei 533/2019 e 3.813/2020. Contudo, se a obrigatoriedade for compreendida como uma decorrência lógica do ordenamento já existente capaz de criar um *standard* de densidade normativa aplicável aos comportamentos pré-processuais, nos termos comentados no capítulo anterior, nesse caso, entendemos pelo seu cabimento.

Pensa-se também que todos os esforços devem ser direcionados à educação e reciclagem dos operadores do direito para que estes internalizem os novos paradigmas de adequação, cooperação e interesse de agir, e se dediquem a adquirir conhecimentos sobre negociação e construção de consenso. Urge a necessidade de melhor manejo dos métodos de resolução de conflitos com os olhos nos fins a que se destinam.

São depositadas muitas esperanças de salvação nos métodos autocompositivos, porém, deixando as paixões de lado, precisa-se notar que eles ainda carecem de determinados insumos para florescer. E isso se deve, em sua grande parte, a causas totalmente externas ao sistema judiciário em si, como é o caso da disponibilização de canais eficientes de diálogo nas mais variadas instituições (jurídicas, comerciais, educacionais, de prestação de serviço público etc.), para que as pessoas tenham experiências proveitosas em espaços negociais e alteração dos currículos das faculdades de direito para que sejam direcionados a resolução de problemas e não de litígios.

Entende-se, portanto, que a obrigatoriedade da tentativa autocompositiva prévia é um caminho, recomendável e interessante. Para que ele traga todas as repercussões positivas que dele se esperam é necessário, porém, uma maior intimidade dos profissionais do direito com a resolução construtiva dos conflitos através dos métodos adequados[233]. Por isso, é importante

---

[232] GOLDBERG, Stephen. SANDER, Frank. ROGERS, Nancy. COLE, Sarah. Dispute resolution : negotiation, mediation, and other processes. Published by Wolters Kluwer Law & Business. 6 ed. New York. 2012. P. 823

[233] "Finalmente, gestão de conflitos não se reduz à flexibilização dos procedimentos legais para adaptá-los às necessidades da causa, ou mesmo à introdução de ADRs no processo. Estes são dois importantes expedientes do gerenciamento de conflitos. Mas não os únicos, pois que o gerenciamento envolve aspectos relacionados à corte (Court Management), isto é, a administração de instrumentos extra processuais para a solução do conflito (como a participação de adequada assessoria nos procedimentos de triagem, seleção, minuta de decisões, e etc)." GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Gestão de Conflitos nos Estados Unidos e no Brasil. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 12. Volume 19. Número 3. Setembro a Dezembro de 2018. pp. 276-295

analisar quais os ingredientes vitais para o melhor aproveitamento das normas legais e dos processos autocompositivos que já existem.

4. FATORES PARA O MELHOR APROVEITAMENTO DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS

4.1. Precisamos trabalhar de forma diferente

O professor Richard Susskind é uma referência quando se fala na natureza da profissão jurídica. Susskind ensina que, não só é importante simplificar regras e procedimentos, mas também é imprescindível a criação de ferramentas de solução não judicializadas[234]. Isso porque nos sistemas judiciais de modo geral, a maioria das disputas acabam por custar muito caro, demorar muito e passar por processos excessivamente combativos e ininteligíveis para a sociedade leiga.

Em sua palestra, no dia 20 de novembro de 2020, na *Harvard Law School's Center on the Legal Profession*[235] Susskind destacou o Brasil como um dos países com maior *backlog* nos tribunais, com 80 milhões de casos judicializados. Ressalta ainda que esse número poderia nos levar ao falso entendimento de que muitas pessoas estão sendo atendidas, quando na verdade o estudo mais recente da OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - aponta que apenas 46% dos seres humanos vivem de fato sob a proteção da lei. Assim, lamenta o autor e clama fortemente sobre a necessidade de que os advogados façam um trabalho diferente para que as pessoas possam ser realmente acolhidas em suas demandas, já que os tribunais não estariam entregando esse resultado.

Segundo Susskind, o remédio para essa situação é uma nova mentalidade. Para ilustrar sua linha de raciocínio, ele utilizou uma analogia sobre o futuro da profissão dos neurocirurgiões, afirmando de forma controversa em sua fala que "os pacientes não querem neurocirurgiões, eles querem saúde". É claro que para o cenário que temos hoje,

---

[234] O autor destaca o uso da tecnologia que permite que os sistemas jurídicos entreguem mais e sejam mais capazes de realizar operações de forma eficiente, somada a outras 5 (cinco) características que deverão estar presentes em um bom sistema jurídico: (i) audiências, reuniões e processo de julgamento online assíncronos, (ii) serviço jurídico estendido ou prolongado (que significa uma função secundária do tribunal de ajudar as pessoas a entenderem o seu direito, organizar suas provas, explicar os procedimentos disponíveis e facilitar negociações diretas, preferencialmente de forma online, sem participação necessária de advogados), (iii) fornecimento de serviços jurídicos pelo setor privado sem intervenção estatal (segundo o autor, simplesmente tornar a resolução de disputas pelo Estado-juiz mais disponível é apenas metade do caminho, são necessárias formas alternativas), (iv) uso de inteligência artificial e, por fim, (v) mecanismos de evitar e prevenir disputas. SUSSKIND. R. B. Online Courts: Keynote address by Richard Susskind on the future of justice. [Video Conference] por Harvard Law School's Center on the Legal Profession. Novembro 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=X1oXoTr-aW8>. Acesso em 09/02/2022

[235] SUSSKIND. R. B. *Online Courts: Keynote address by Richard Susskind on the future of justice*. [Video Conference] por Harvard Law School's Center on the Legal Profession. Novembro 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=X1oXoTr-aW8>. Acesso em 09/02/2022

neurocirurgiões representam os melhores profissionais para determinadas doenças, mas daqui a alguns anos talvez o pensamento seja: "não é incrível que nós costumávamos abrir corpos?". O tom jocoso, e até ríspido, trazido pelo autor tem o objetivo de mostrar que o futuro da neurocirurgia não é a cirurgia robótica, como muitos pensam, mas a utilização de procedimentos menos invasivos.

Trazendo para o cenário jurídico, aponta Susskind que nós não deveríamos nos perguntar sobre o futuro das Cortes e Tribunais. A pergunta que deve ser feita na verdade é *"como resolveremos os problemas para os quais precisamos de tribunais?"*. A melhor resposta para o autor é mudar como o trabalho é realizado, fazer de uma maneira totalmente diferente para que o acesso seja muito mais amplo. Acrescenta ainda que essa mudança é possível, vide todas as rápidas adaptações que foram feitas no contexto do Covid-19, mesmo sendo as profissões de advogado e juiz das mais conservadoras possíveis.

Colabora com essa visão Diego Faleck quando diz que no Brasil há uma busca incessante dos advogados e das partes pela resposta perfeita para os problemas dentro do Poder Judiciário. Pensa-se que o juiz vai conseguir dar esse retorno quando na verdade a preocupação deveria ser a resolução do problema de forma satisfatória e possível (*rough justice*) [236].

A mentalidade proposta é a adoção de uma visão mais sistêmica e preocupada com o atendimento dos interesses, criação de ambientes de confiança e com legitimidade. Como consequência, novas habilidades passam a ser requisitadas para o escopo da prática jurídica. Essas novas competências são de natureza cognitiva, fundamentadas por aspectos sociais e interpessoais, como é o caso do enfoque sistêmico e da criatividade, além de comunicação, cooperação, trabalho em equipe, resolutividade, adaptação, multidisciplinariedade, em suma, ferramentas de negociação. Essas habilidades são, inclusive, necessárias para que a parte técnica específica da atuação jurídica seja mais bem implementada.

Ressalta-se que a negociação, em sentido amplo, é colocada como o instrumento de trabalho dos profissionais da resolução de disputas. Nesse sentido, falar de mediação, conciliação ou autocomposição sem falar sobre negociação é como construir um telhado sem construir as paredes[237].

---

[236] FALECK, D. Entrevista Faleck [Youtube]. Revista Dois Pontos. 2019. Disponível em: youtube.com/watch?v=_rExq71rN_g Acesso em: 23/10/2022.

[237] FALECK, D. *Manual de design de sistemas de disputas*: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

A negociação, apesar de ser reconhecida na literatura como um novo paradigma de atuação, carrega o estigma de que para se negociar é necessário perder alguma coisa, ou abrir mão de algo (paradigma da escassez/ganha-perde). Para Robert Mnookin[238] esse pensamento não é de todo intencional porque as pessoas tendem a reagir em conformidade com certos padrões, ainda que isso as distancie de seus interesses. A esse fenômeno, dá-se o nome de "barreiras cognitivas" .

Buscar-se-á discorrer brevemente sobre as principais barreiras apontadas pelo autor que obstaculizam o engajamento dos juristas nas tentativas negociais com o intuito de estabelecer, mais adiante neste trabalho, quais os passos relevantes a serem dados rumo a um novo olhar, mais construtivo, quanto a aplicação dos métodos autocompositivos

Uma dessas barreiras é a aversão ao risco ou à perda, isto é, se uma opção é apresentada sob a moldura de perda, as pessoas tendem a rechaçar essa opção. Assim, ao apresentar para um cliente a opção de buscar um acordo ou a opção de um processo judicial, é muito importante analisar como essa apresentação é feita. Há uma atribuição de valor muito grande à perda que leva o tomador de decisão a oferecer resistência, mesmo que essa opção possa trazer vantagens.

Significa que as partes preferem pagar o custo do processo judicial do que tentar buscar um acordo por receberem a ideia de negociação como uma barganha na qual terão que abrir mão de algo. Em outras palavras, as pessoas estão mais dispostas a agir/arriscar para evitar um prejuízo do que estariam para obter um ganho, vez que a moldura da perda é de difícil superação. Segundo Thaler e Sunstein[239], os seres humanos "sofrem mais com a perda" do que "vibram de alegria com a vitória". A perda causa um impacto muito mais forte, e como consequência, tende a ser mais evitada.

Outra barreira apontada pelo autor é a chamada "desvalorização reativa", que significa a desvalorização de uma opção apresentada por causa da desconfiança em relação à pessoa que apresentou. Ela se relaciona diretamente com o paradigma ganha-perde instituído nos ambientes adversariais e contenciosos. Como as partes se enxergam como adversárias, elas pressupõem que "se essa opção é boa para eles, é ruim para mim". Tal barreira cognitiva também pode ser relacionada à dificuldade que as partes têm de se perceber como interdependentes, ou seja, que a cooperação e a satisfação de ambos geram resultados mais lucrativos, ficando apenas estagnadas em suas presunções.

---

[238] MNOOKIN, Robert H. *Why negotiation fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict*. Stanford, CA, 1993

[239] THALER, Richard. SUSTEIN, Cass. *Nudge – Improving decisions about health, wealth and happiness*. 2009

Em contrapartida à desvalorização reativa, propõe-se que o comportamento proativo seria o mais adequado para a realização de negociações importantes. A literatura sobre negociação baseada em princípios utiliza a palavra "proatividade" para indicar a conferência das informações pelo tomador de decisão antes da formação de sua convicção. A reatividade seria então uma postura improdutiva diante do conflito enquanto a proatividade seria uma postura produtiva.

O excesso de confiança é o desvio cognitivo que imbui o indivíduo de uma confiança exagerada de que as chances de obtenção de um resultado favorável são maiores do que elas realmente são. O profissional com excesso de confiança não ouve a outra parte, não consegue colher informações valiosas e acredita demasiadamente em suas suposições. Dessa forma, a avaliação do caso de forma geral, em relação aos seus custos e benefícios, fica comprometida e pode levar a parte a deixar de considerar diversas soluções vantajosas que poderiam ter sido criadas.

Os profissionais do direito também costumam apresentar, segundo o autor, a barreira da "torta fixa", na qual eles percebem o processo de negociar apenas como uma divisão de valores já existentes e limitados. Não há, portanto, criação de valor[240].

Dito isso, nota-se que os conceitos apresentados pela doutrina alertam sobre a urgência de uma nova perspectiva mais construtiva da gestão dos conflitos. . A mudança de mentalidade, e consequentemente de cultura, preconizada depende da incorporação do olhar mais consciente para o sequenciamento mental e comportamental que constitui o trabalho do profissional da resolução de conflitos.

Ensina o autor John Allison[241] que o próprio sistema adversarial em que vivemos acaba por alimentar a cultura demandista da qual se quer afastar-se, haja vista que os profissionais entram no mercado e aprendem que precisam a todo custo convencer o juiz, defender sua tese inicial com fervor e concretizar a máxima vantagem para o cliente sem

---

[240] "*Negotiation can be metaphorically compared to making a pie and then dividing it up. The process of conflict resolution affects both the size of the pie, and who gets what size slice. The disputants' behavior may affect the size of the pie in a variety of ways. On the one hand, spending on avoidable legal fees and other process costs shrinks the pie. On the other hand, negotiators can together "create value" and make the pie bigger by discovering resolutions in which each party contributes special complementary skills that can be combined in a synergistic way, or by exploiting differences in relative preferences that permit trades that make both parties better off. (...) Negotiation also involves issues concerning the distribution of benefits, and, with respect to pure distribution, both parties cannot be made better off at the same time. Given a pie of fixed size, a larger slice for you means a smaller one for me*" MNOOKIN, Robert. Why Negotiation Fail: an exploration of barriers to the resolution of conflict. The Ohio State Journal on Dispute Resolution. Volume 8. Number 2. 1993. p. 239

[241] ALLISON, John R. Five Ways to Keep Disputes Out of Court. *Harvard Business Review on Negotiation and Dispute Resolution*, Boulder, CO, v. 68, n.1, p. 166-177, Jan.-Feb. 1991.

muita preocupação com comunicação e relacionamento[242].Esse compromisso automático com a estratégia contenciosa, segundo o autor, tem como consequência os seguintes problemas: (i) o não aproveitamento dos espaços ou janelas para a autocomposição; (ii) encarecimento dos processos, já que as partes investem recursos pesados na produção de provas, custos de perícias, pareceres técnicos contratação de especialistas; (iii) a visualização da ação judicial como um caminho sem volta.

A contrário sensu, a utilização de um racional mais analítico, autocrítico, focado em interesses e diálogo qualificado, por sua vez, permitiria o melhor proveito das oportunidades negociais, distribuição mais econômica dos recursos e o trânsito mais fluido entre os mecanismos heterocompositivos e autocompositivos. Isso não significa deixar de lado os métodos adjudicantes, mas sim não se deixar levar pela armadilha adversarial de forma irracional.

Segundo Carlos Alberto de Salles, o atual momento metodológico prioriza a instrumentalidade, e por isso o profissional do direito precisa se dedicar a avaliar a melhor resposta processual a ser dada. Confirma Salles que: "há de se esperar do processualista, mais do que a simples aplicação das normas procedimentais, a capacitação para construir arranjos ou desenhos procedimentais aptos a atender a situações de grande complexidade"[243].

4.2. A negociação como fundamento da gestão construtiva dos conflitos

Hoje, sem sombra de dúvidas, a disciplina dos métodos adequados de resolução de disputas é um capítulo integrante do Direito Processual, não podendo ser colocado como uma matéria apêndice, coadjuvante, ou relacionada apenas às disciplinas de prática jurídica ou

---

[242] Sobre esse ponto destaca Diego Faleck: "O ensino jurídico, o temperamento, o senso de dever e as expectativas criadas pelos clientes levam advogados a fazer todo o possível e a manejar qualquer recurso para perseverar em suas teses. Na teoria, temos o enraizado conceito de que o sistema adversarial funciona porque a "verdade" surgirá quando as partes apresentarem seus casos, com a maior agressividade possível. Na prática, a "verdade" buscada muito frequentemente acaba não surgindo, recursos são destruídos, relacionamentos são prejudicados e, em muitos casos, ganhadores saem tão devastados quanto perdedores das disputas. O sistema adversarial gera distorções que minam a confiança entre as partes, deterioram o relacionamento e dificultam a comunicação entre estas. As questões emocionais que já desafiavam as partes, ganham combustível. As chamadas "barreiras cognitivas" impedem que as partes consigam se livrar do comprometimento com a estratégia contenciosa e mantém partes em disputas subótimas e ineficientes, prolongando os custos emocionais, financeiros e causando perdas de oportunidades. O sistema adversarial, aliado às barreiras cognitivas, resultam em uma verdadeira armadilha, que aprisiona as partes desnecessariamente em conflitos." FALECK. D.; SANTOS, L. R. O. A janela de mediação. In: SANCHES, S.; NORTHFLEET, E. G. *Estudos sobre a evolução da arbitragem e da mediação no Brasil*. Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP e FIESP. São Paulo: Sesi Editora, 2021.

[243] SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em contratos Administrativos. Rio de Janeiro. Forense, 2011

sociologia jurídica[244]. A técnica de solução imperativa dos conflitos está ao lado de diversas outras igualmente eficientes, como é o caso da técnica para formação de acordos.

Como visto no capítulo antecedente, o *know-how* para a criação de consenso tem seu fundamento primordial na negociação. O aprofundamento dessa competência é diretamente proporcional ao aprimoramento do manejo dos métodos autocompositivos.

Segundo Fernanda Tartuce e André Luís Bergamaschi, a solução negociada é aquela alcançada seja por meio da negociação direta seja por meio da negociação facilitada por um terceiro imparcial; o que não se confunde com a transação, negócio jurídico no qual os interessados chegam a um acordo mediante concessões recíprocas[245]. Os autores se utilizam desses dois conceitos para delimitar a relação existente entre a negociação e a transação, e analisar a forma que os operadores do direito percebem a utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos.

A transação era prevista no Código de Processo Civil de 1973 como elemento determinante para a utilização ou não dos meios consensuais, como por exemplo o artigo 331 que condicionava a realização de audiência preliminar (tentativa de conciliação) à existência de direitos que admitam transação, ou seja, concessões mútuas. Assim, o legislador, à época, entendia que a utilização dos métodos autocompositivos era destinada para aquelas disputas em que a parte pudesse renunciar ao direito em questão, realizando uma concessão no todo ou em parte de seu direito.

Já o código de 2015 trouxe como inovação a adoção em massa do termo "autocomposição", deixando praticamente de lado o termo "transação". Tal modificação, segundo Tartuce e Bergamaschi, enseja o entendimento de que os arranjos negociais contemporâneos podem ter uma amplitude bem maior do que aquela permitida pelo antigo código. Além disso, com o advento do novo código, estabeleceu-se uma importante distância entre o conceito de "soluções negociadas" e "concessões recíprocas".

---

[244] Sobre a mudança de mentalidade em relação aos métodos alternativos, ressalta o autor: "O ponto de partida para a mudança de mentalidade dos operadores do Direito (juízes, promotores, advogados, procuradores, defensores públicos), transformando a atual "cultura de sentença" em "cultura de pacificação", está na adequada formação dos futuros profissionais do Direito, preparando-os não somente para a solução contenciosa dos conflitos de interesses, como também para a solução negociada e amigável, com o uso dos chamados meios consensuais de solução de controvérsias (negociação, conciliação mediação). Mais do que isso, o importante é a mudança do método de ensino do Direito, em especial do Direito Processual Civil, nele incluindo não somente o estudo dos conceitos, categorias e institutos processuais aplicáveis à solução contenciosa dos conflitos, mas também, de forma aprofundada, o estudo dos conflitos de interesses e dos métodos adequados de sua prevenção e solução." WATANABE, K. "Acesso à justiça e solução pacífica dos conflitos de interesses". In: ZANETI JUNIOR, H.; CABRAL, T. N. X. (orgs.). *Justiça Multiportas*. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 833-842.

[245] BRASIL, Código Civil 2002. Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

Concluem os autores, em seu trabalho, que não é da essência da autocomposição a concessão. Por isso, não faz sentido limitar, na forma definida outrora pela lei, a utilização dos métodos autocompositivos a situações transacionáveis. Não só isso, atualmente as melhores técnicas de negociação implicam na utilização das divergências como estímulo de criação de valor e aumento dos resultados possíveis.

Os autores, por fim, atribuem a atual resistência à autocomposição à essa antiga noção de que negociar implica abrir mão de direitos. Talvez, a criação de uma cultura autocompositiva deva partir de um maior conhecimento sobre negociação.

Negociar não é ceder, mas sim realizar a distribuição de bens, valores ou interesses escassos para se obter algo que, sozinho, não se obteria, ou seria uma alternativa mais difícil. Destacam ainda Tartuce e Bergamaschi que a negociação busca o alcance de um interesse que depende, em algum grau, da cooperação da outra parte. Assim, quando realizada em um contexto de insatisfação, com contornos jurídicos, a negociação passa a ser um meio de solução de conflitos[246].

Além disso, a negociação está presente em diversas condutas das mais variadas carreiras jurídicas. Por isso, cada vez mais tem se mostrado importante que o profissional da área jurídica se dedique a aprender as melhores técnicas de construção de acordos. A negociação tem ganhado relevância justamente por ser uma forma de solução de demandas transversal, ou seja, que atravessa todos os outros métodos de resolução.

A negociação, enquanto forma qualificada de comunicação com o objetivo de influenciar na tomada de decisão de outra pessoa, pode ser realizada nos mais diversos cenários por muitos personagens diferentes. Até mesmo o juiz, que não negocia, à princípio, diretamente com as partes, pode se utilizar dessa forma qualificada de comunicação para incentivar as partes a resolverem a contenda de forma consensual ou para direcioná-las a utilizar a mediação. Por isso, não há de se falar em restrição do uso da negociação a determinado ramo ou tipo de profissional.

Somado a isso, a negociação direta, quando utilizada como um meio autônomo de resolução de conflito (isto é, não inserida dentro de outro método ou combinada com outras ferramentas), é a maneira mais fluida e menos custosa de resolver conflitos, haja vista a não participação de terceiros.

---

[246] BERGAMASCHI, A. L.; TARTUCE, F. A solução negociada e a figura jurídica da transação: associação necessária? 2015. Disponível em: https://fernandatartuce.com.br/a-solucao-negociada-e-a-figura-juridica-da-transacao-associacao-necessaria/. Acesso em: 5 abr. 2022.

Atualmente, a maioria da literatura pertinente ao tema recomenda a "negociação com base em princípios" como o método mais eficaz na produção de acordos sensatos, sustentáveis no tempo, executáveis e adquiridos de forma amigável.

Essa forma de negociar encontra-se diametralmente oposta a barganha negocial, forma de negociar mais primitiva, e que, assim como a transação, pressupõe a realização de concessões mútuas até que se chegue a um meio termo suportado pelas partes. Ocorre que a barganha deixa desperdícios na "mesa de negociação" na medida em que não explora com mais afinco as possibilidades "escondidas" atrás dos pedidos das partes, mantendo-se numa discussão superficial. A barganha gera, portanto, acordos irrealistas, insuficientes (porque não aborda todos ou a maior parte dos aspectos do conflito) e insatisfatórios, tendo em vista que o seu processo não se opera segundo uma lógica de justiça procedimental, mas sim de propostas e contrapropostas.

O desafio da negociação com base em princípios é não se manter preso a formas costumeiras de se negociar, não aceitar presunções sobre a outra parte e suas motivações, e, principalmente, não ser sempre submisso ou sempre agressivo em relação às propostas. Ou seja, é necessário um esforço para sair da superficialidade e buscar os interesses por trás das posições, realizar perguntas para checagem de percepções e informações, e ser gentil com as pessoas e assertivo com os problemas[247].

Muitas vezes, no contexto brasileiro, a aproximação "desarmada" de uma parte em relação a outra é percebido como sinal de fragilidade. Contudo, entendemos que essa aproximação é imprescindível para que as partes possam trocar informações e interesses, e assim construir opções mais inteligentes.

Desde logo podemos identificar dois desafios iniciais para a cultura jurídica brasileira que prejudicam o desenvolvimento das práticas autocompositivas: (i) o contato inicial desarmado e (ii) a evolução da comunicação para uma negociação com determinadas bases mais eficientes.

Em relação ao primeiro ponto, como estamos vendo ao longo deste trabalho, há um esforço do legislador em incentivar que as partes criem algum tipo de conexão dialógica antes

---

[247] Roger Fisher; Bruce Patton e William Ury, na obra conjunta *Getting to yes*, destacam que as posturas extremamente afáveis ou agressivas não geram bons acordos, isso porque ou evitam demais o conflito e tendem a fazer muitas concessões ou porque são duros demais, ficando presos em posições e destruindo a relação entre as partes. Por isso o método proposto se utiliza da premissa: "separe as pessoas dos problemas". Com essa regra os autores estipulam uma postura de atuação em mesa gentil com as pessoas e assertivo com os problemas, desassociando o conflito de um indivíduo em particular. Sendo assim o conflito existe e ele é externo às pessoas, e estas, por sua vez, são co-responsáveis pela situação em que se encontram. Somado a isso, essa separação entre pessoas e problemas permite um olhar mais objetivo em relação ao conflito, evitando que as decisões sejam tomadas de forma exclusivamente emocional.

do encaminhamento do processo para o processo judicial. Todavia, ainda se percebe enorme dificuldade em dar esse primeiro passo, esse voto de confiança no procedimento consensual.

Já nas situações em que esse *approach* é realizado, ainda temos o desafio da habilidade do negociador em trabalhar utilizando as melhores técnicas disponíveis, superando o costume da barganha posicional ou das concessões recíprocas.

Sobre a negociação por interesses, ou por princípios, é importante notar que ela não se utiliza da lógica de concessões porque, segundo esse modelo, é possível realizar diversas ações que satisfazem o mesmo interesse, sem renunciar a nada. Dessa forma, o indivíduo não fica apegado a um único resultado para sua demanda, mas sim entende que debaixo do "guarda-chuva de um interesse" cabem vários arranjos negociais igualmente satisfatórios. Ou ainda, por debaixo de cada posição assumida existe um interesse, ou alguns interesses, mais amplos que podem ser atendidos das mais variadas formas.

Identificados os interesses convergentes e divergentes, fica mais claro sobre quais pontos de fato recai a controvérsia e quais as maneiras de solucioná-la de forma construtiva.

Apesar de "posição e interesse" não serem exatamente institutos jurídicos, sua noção é importante para que seja possível entender algumas limitações do processo judicial quanto à satisfação do jurisdicionado. A sentença de mérito, por exemplo, deve estar adstrita[248] (via de regra) aos pedidos iniciais do autor, que por sua vez costumam refletir apenas as "posições"[249]. Além disso, apesar da existência da figura jurídica do "resultado prático equivalente"[250], que poderia de alguma forma dar margem à uma criatividade do juiz em tornar a solução definida na sentença mais coerente com a situação fática das partes, ainda

---

[248] BRASIL, Código de Processo Civil de 2015. Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional.

[249] Sobre as limitações do método de resolução pela adjudicação estatal, aponta Diogo Rezende de Almeida: "A atividade jurisdicional, no entanto, ainda que auxiliada por um processo que possibilite a eleição de vários ritos previstos em lei, encontra limitações justamente na falta de flexibilidade desses ritos e na criatividade controlada da atividade decisória do juiz, que deve ater-se aos limites do pedido e às fórmulas legais de provimento judicial. Ainda que se tenha observado uma preocupação de processualistas, refletida em reformas legislativas, no sentido de privilegiar a prestação da tutela na forma específica, a jurisdição, principalmente, e os demais métodos impositivos apresentam limitações na definição de soluções satisfatórias e adequadas aos interesses dos disputantes em algumas espécies de conflitos. A postura adversarial e consequente necessidade de declarar uma das partes vencedora eliminam uma análise que possibilite encontrar a alternativa que, antes de indicar ganhadores e perdedores, atenda aos interesses de todos." ALMEIDA, D. A. R. Novamente o princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. In: ZANETI JR., H.; CABRAL, T. N. X. (coords.). *Justiça Multiportas*. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2018, p. 941.

[250] BRASIL, Código de Processo Civil de 2015. Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

não se pode dizer que o juiz tem de fato espaço para criar soluções que atinjam mais áreas do conflito em questão.

Além da técnica de diferenciar posições e interesses, a negociação com base em princípios também possui dois momentos distintos que facilitam a construção do melhor acordo: o processo de criar e o processo de decidir. O processo de criar opções deve ser realizado de forma mais livre possível e sem juízo de valor. É nesse momento que os negociadores imaginam os caminhos que cabem dentro do guarda-chuva dos interesses das partes.

Para que sejam criadas opções ótimas, sem deixar desperdícios na mesa, é necessário que o processo de criação esteja bem separado do momento do compromisso. Ou seja, as partes não podem se sentir pressionadas a fechar o acordo; pelo contrário, devem estar livres para dar ideias sem se comprometer com elas. É no processo de criação que são geradas as chamadas opções de ganhos mútuos, isto é, que fogem do paradigma judicial de ganha-perde, trazendo resultados que atendem aos interesses de todos os envolvidos.

Importante salientar que o conceito de "opções de ganhos mútuos" serve para consolidar a ideia de interdependência que as partes possuem. Ora, se elas não precisassem em alguma medida uma da outra, ou se não houvesse algum tipo de relação prévia que se tornou disfuncional, elas não estariam em conflito. O conflito surge exatamente de alguma preocupação, necessidade ou obrigação que ficou desatendida dentro de um relacionamento, seja ele longo, curto, contratual, de serviço, afetivo etc. Portanto, uma relevante premissa do método apresentado é a de que as partes dependem uma da outra para gerar um arranjo funcional melhor do que aquele que elas poderiam fazer sozinhas ou com outras pessoas. Se esse "melhor cenário" não existisse, as partes simplesmente não iriam se acionar na busca por autocomposição.

Partindo do pressuposto de interdependência, fica mais fácil entender por que as opções colocadas na mesa devem ser benéficas para todos os envolvidos. A satisfação e a cooperação trabalham em conjunto para tornar o procedimento mais efetivo e os resultados mais úteis. Ou seja, pessoas satisfeitas com as opções ventiladas tendem a cooperar mais, e ao mesmo tempo, pessoas que entram na mesa com uma postura cooperativa tendem a receber opções mais satisfatórias[251].

---

[251] Para essa conclusão, também se somam as teorias da tomada de decisão que envolvem, por exemplo, o equilíbrio de Nash, o dilema do prisioneiro, Tit for Tat, princípio de Pareto, dentre outras, que apontam a tendência de que a estratégia de tomar a decisão de cooperar traz, reciprocamente, a cooperação da outra pessoa, e gera um resultado ótimo, satisfatório e estável para ambas as partes.

É por isso também que podemos entender porque o paradigma do ganha-perde e da adversariedade em excesso gera tantas frustrações, tanto com os resultados materiais quanto com o procedimento. Ou seja, se a outra parte, com a qual eu tenho uma relação de interdependência e corresponsabilidade para criar um resultado ótimo, que representa o melhor cenário de resolução do conflito, vem a perder, por causa da lógica ganha-perde, significa que eu, enquanto parte, não alcancei o melhor cenário possível, e, apesar de vencer a disputa, não saio satisfeito mas sim frustrado.

Não só isso, também podemos vislumbrar uma relação entre a lógica do ganha-perde com a falta de cooperação processual judicial, uma vez que as partes não desenvolvem esse senso de conexão e interdependência dentro do processo judicial, e por isso se torna mais difícil exigir comportamentos colaborativos.

Continuando nas etapas da negociação, após a aproximação das partes, início das tratativas e processos de criação, a próxima etapa é o processo de decidir, que é aquele em que as partes vão definir os critérios objetivos de legitimidade que irão recair sobre as opções criadas. Inclusive, a nomenclatura "negociação com base em princípios" faz referência a esse momento em que são definidos os *standards* que fundamentarão a tomada de decisão.

Dentro do processo judicial, as regras de decisão são aquelas positivadas pelo ordenamento ou em jurisprudência consolidada, enquanto em outros processos de resolução de conflitos de cunho negocial a lei passa a ser uma baliza, permitindo que as partes escolham outros princípios que irão definir qual a melhor opção, como por exemplo: valores de mercado, parecer de especialistas, usos e costumes, normas internacionais, termos de compromisso ou outros acordos prévios.

Os princípios, enquanto critérios externos e independentes das partes, são essenciais para a sensação de justiça com o procedimento e a satisfação final com o resultado. Isso porque, usando como base os elementos da justiça procedimental de Rory Van Loo e Tom Tyler, os critérios legitimantes escolhidos trazem neutralidade para a tomada de decisão, atuando como um denominador comum entre o senso de justiça que cada parte possui, e não baseando-se somente na vontade.

Assim, definidos os critérios objetivos, as opções serão filtradas, restando apenas aquelas que realmente fazem sentido no contexto de resolução daquele conflito em particular. Nessa etapa, as partes conseguem realizar novos gerenciamentos de expectativas em relação ao resultado final, além de ter mais clareza sobre as reais soluções possíveis para o caso.

A próxima etapa então seria exatamente o compromisso.

Antes disso, é importante dizer que esse método é organizado para a criação de soluções ótimas, porém ele só funciona se as partes tiverem plena consciência das alternativas que elas possuem fora da mesa de negociação. Isso porque as alternativas são aquelas opções que o indivíduo pode realizar sozinho ou com outras pessoas que não a parte envolvida na negociação, e que podem, eventualmente, satisfazer os interesses.

Nesse caso, em que a alternativa é melhor que a opção final colocada em mesa, é importante que o negociador disponha da voluntariedade e da autonomia para sair da negociação. É a alternativa fora da mesa que define o investimento que será realizado dentro da mesa e o grau de confiança e segurança com a qual o negociador começa seu trabalho. Assim, as alternativas à negociação são o que dão liberdade para a parte assumir um compromisso que realmente faz sentido para aquele conflito.

Uma sugestão dada pelos estudiosos da negociação é dedicar-se ao máximo na identificação das alternativas, durante o período de preparação para a negociação. Isso porque, quando a parte tem ciência da sua melhor alternativa fora da mesa, ela consegue elevar os padrões das opções dentro da mesa e garantir que, caso seja firmado um acordo, este realmente será a melhor solução.

E ainda, durante a preparação também é crucial fazer o esforço mental de imaginar quais poderiam ser as alternativas da outra parte, e, dentre elas, qual a melhor alternativa. Com isso, a parte consegue ter mais ciência sobre quais opções são mais atraentes para essa negociação, em comparação com as possíveis alternativas da outra parte.

Discorreu-se brevemente sobre 6 (seis) dos 7 (sete) elementos trazidos por Roger Fisher, Bruce Patton e William Ury: relacionamento, comunicação, interesses, opções, legitimidade, alternativas, restando agora passar pelo último elemento, o compromisso.

Convém salientar, dentro da proposta técnica analisada, que as partes se comprometem primeiro com o processo autocompositivo. Isto é, se dispõe a conversar, estipulam horários, prazos, quantidade de reuniões e suas durações, existência ou não de colaboradores, apresentação ou não de documentos etc. O processo é o que vai garantir a sensação de justiça e a satisfação com o resultado. Só depois de cumprirem com esse primeiro trato, é que devem as partes firmar um acordo sobre o conteúdo negociado.

Os interesses, opções e critérios de legitimidade são o motor da negociação, e o que, segundo os autores, geram e agregam valor na tomada de decisão. A ideia de aumentar a torta

antes de partir nasce exatamente da utilização desses três elementos para ampliar o rol de resultados satisfatórios e possíveis[252] antes da tomada de decisão.

Já os elementos de comunicação e relacionamento são o lubrificante do motor. Sem uma comunicação efetiva, preocupada em escutar e em checar suposições, e um cuidado com a relação entre as partes, sendo brando com as pessoas, assertivo com o problema e adotando uma postura cooperativa, não é possível expandir a torta.

Por fim, a alternativa é o elemento de segurança e confiança do negociador para que ele não se sinta pressionado a correr para o compromisso sobre o conteúdo. A obrigatoriedade em firmar um acordo, ou qualquer outro tipo de pressão externa, torna o compromisso com o processo mais fácil de ser quebrado, e consequentemente a substância do acordo se torna frágil. Isso porque não se pode esquecer que o compromisso não se encerra com a assinatura de um papel, muito pelo contrário, é aí que ele começa.

O resultado de um processo autocompositivo deve ser antes de tudo realista e factível, uma vez que a implementação dos combinados é o que, ao final, importa. A literatura aponta que inumeráveis acordos, empenhados em gerar valor, acabam por enfrentar problemas na implementação por falta de compromisso com o processo e por descuidarem da comunicação e da relação.

4.3. Categorização dos fatores: escalonamento exemplificativo dos comportamentos

Dito tudo isso, faz-se necessária certa categorização objetiva dos fatores que conduzem a melhor utilizar as ferramentas que, desde já, estão à disposição, para que se possa identificar, treinar e multiplicar o conhecimento sobre resolução consensual de disputas. Destaca-se que a autocomposição não funciona de forma estanque, de maneira que os diferentes contextos exigem do “resolvedor de problemas” diferentes encaminhamentos. De todo modo, acomodar-se-á o raciocínio em alguns parâmetros que podem constituir um guia para a gestão construtiva dos conflitos.

O primeiro fator elencado seria a conscientização acerca das barreiras cognitivas enfrentadas pelos advogados e clientes. Aversão ao risco, desvalorização reativa, excesso de confiança, percepção de uma “torta fixa”, conforme analisamos anteriormente, são alguns dos

[252] O que os autores chamam de ZOPA - zona de possível acordo.

vieses cognitivos que impedem os agentes de verificar suas presunções. O primeiro passo é, portanto, a tomada de consciência[253].

O segundo fator é identificar o que o cliente realmente deseja, segundo uma abordagem focada em interesses[254], e o que ele aceita como resultado satisfatório. Retoma-se que o interesse é um guarda-chuva amplo, sob o qual cabem diversos arranjos práticos que podem, ou não, fazer sentido para aquele caso concreto. Esse fator é essencial para que não se negligencie alternativas resolutivas inovadoras[255]. Roberto Kuster indica, inclusive, que quanto maior a distância entre os interesses, mais fácil é a identificação do que cada parte mais valoriza e, consequentemente, a criação de um arranjo negociado satisfatório. O exemplo dado pelo autor é o seguinte: Egito e Israel estavam discutindo o controle da Península do Sinai, Israel tinha a Península desde 1967 e o Egito estava a reclamar a sua terra de volta. A divisão do Sinai em duas partes era inaceitável para ambas as partes, porém, olhando para os interesses, ou seja, o que cada parte mais valoriza, pode-se perceber que Israel tinha muito apreço por proteção militar enquanto que o Egito buscava a manutenção da soberania. O

---

253 *"The inefficiency of legal providers on settlement outcome can be attributed to (1) irrationality of principals (clients) and agents (lawyers), especially when acting with overconfidence and bias to define its reservation and aspiration value; (2) number and calculation avoidance to use advanced negotiation formulas such as utility function, pare to efficiency, and neutrality;9 (3) overuse of law, sense of justice, and intuition to predict the dispute result in an adversarial mode instead of a collaborative one; (4) acceptance of a worse settlement due to risk aversion of possible trial outcome; and (5) lack of academic effort to promote these mechanisms in legal negotiation, as the vast majority of current bibliography explore an economic mathematical point of view, and very few brought these formulas to a legal negotiation real life situation."* KUSTER, Robert. Utility Fuction and Rational Choice as Support Mechanisms to Maximize Mediation and Legal Negotiation Settlement Output. Pepperdine Dispute Resolution Law Journal. Vol. 17: 263, 2017. P. 264

254 "*While most dispute resolution processes regard parties' positions, an actual benefit arises if interests are taken as primary factors to an aspiration value. Often these positions are a representation of underlying divergent interest. As Sebenius suggests, "it is often useful to distinguish the full set of parties' underlying interests under negotiation, on which positions or stands are taken . . . In virtually all cases, however, an important first analytic step is to probe deeply for interests, distinguish them from issues and positions, and to carefully assess tradeoffs*." KUSTER, Robert. *Utility Fuction and Rational Choice as Support Mechanisms to Maximize Mediation and Legal Negotiation Settlement Output*. Pepperdine Dispute Resolution Law Journal. Vol. 17: 263, 2017. P. 269

255 Sobre identificação de objetivos, vide: *"The range of possible objectives is extensive: Conflict prevention? Management? Resolution? Efficiency/resource savings: Minimize time of stakeholders, institution and/or neutrals; Minimize cost for institution and/or stakeholders? Reduction of number or type of conflicts? Relational: Transform or restructure relationships? Whose? Safety: Prevent violence against parties? Protect property? System operation: Enhance access to the system? Decrease caseload? Public recognition: Protect privacy? Provide public vindication? Create precedent? Substantive outcome: Increase "justice"? How defined? Fairness: Procedural? Substantive? Reputation (of individuals, organization)? Compliance: To sanction or punish? Deter future disputes? Satisfaction: Of all, or fewer than all, stakeholders? Durability of resolution? Organizational improvement: To identify institutional weaknesses or injustices and correct them? Ultimately, the designer of the system has the power to define the goals of that system and their relative priority*." SMITH, S.; MARTINEZ, J. An analytic framework for dispute systems design. Harvard Negotiation Law Review, vol. 14, n. 123, Winter, 2009, p. 130.

acordo construído estabeleceu que Israel devolveria a Península para o Egito em troca de uma certa área egípcia desmilitarizada e com mais bases militares israelenses.

Diagnosticada a gama de resultados desejáveis e aceitáveis, é o momento de explorar os caminhos que podem levar o interessado de forma eficiente ao resultado prático almejado.[256] Nesse ponto, entende-se como inicialmente mais proveitosa a aproximação direta entre as partes para a realização de um contraditório informal e cooperativo. É também nesse momento que destacamos a atuação dos cartórios extrajudiciais, as instâncias públicas administrativas, as câmaras privadas, os canais de atendimento ao cliente, os programas de indenização e as plataformas online como ambientes primeiros de recepção e encaminhamento de demandas. A abertura desses espaços dialógicos e participativos amadurecem o conflito vez que trazem mais responsabilidade e controle para o cliente, além de aclarar outros resultados possíveis.

É importante relembrar que uma das maiores vantagens da autocomposição, em especial da negociação, é o controle e poder de influência sobre o resultado. Isso significa que quanto maior o grau de influência das partes sobre o resultado maior a possibilidade de relacioná-lo aos seus interesses. Por isso, entende-se que o sequenciamento mais proveitoso é aquele que se inicia através do método que mantém as partes com maior controle.

Observa-se, por oportuno, que o Brasil, em especial, apresenta um subaproveitamento de alguns canais, espaços e instituições que poderiam ser oferecidos mais amplamente à população. Destaca-se aqui, ilustrativamente, que as agências reguladoras poderiam exercer um papel mais ativo na fiscalização e regulamentação do tratamento dos conflitos pelo setor privado, de forma a cobrar que as demandas por eles geradas pudessem ser internamente absorvidas e bem direcionadas[257]. Já a sociedade, e em especial os operadores do direito,

---

[256] "*The second element of the framework involves process options and structure. Which processes are used to prevent, manage, and resolve disputes? How are those processes defined, and how do They relate to each other within the context of the institution? It may be useful to consider how the system has evolved over time. Further, it is important to examine how the system is reinforced or constrained by external systems, including the formal legal system, and what incentives and disincentives (financial, relational, legal or other) exist for using the system. As discussed previously, many different types of processes can be used to prevent, manage and resolve conflicts. Some organizations offer one formal process, such as mediation or arbitration, while others develop a range of processes for one or more types of disputes. If multiple options are offered, those options may be linked together in an integrated system or they may exist ad hoc, as discrete, unlinked processes that evolved in different parts of the organization over time, often without centralized or strategic thought. Either way, the available processes may have different incentives (financial, timing, or other) that encourage or discourage their use by different stakeholders.*" SMITH, S.; MARTINEZ, J. An analytic framework for dispute systems design. Harvard Negotiation Law Review, vol. 14, n. 123, Winter, 2009, p. 132.

[257] Sobre o conflito entre interesses públicos e privados, vide: "Um estudo realizado pelo Programa "Pensando Direito" do Ministérios da Justiça sobre "O desenho de Sistemas da Resolução Alternativa de Disputas para Conflitos de Interesse Público" identificou, etre as barreiras mais comumente mencionadas, a responsabilidade do gestor público e a posição restritiva do Tribunal de Contas quanto aos meios alternativos de solução de

poderiam realizar um esforço de tomar conhecimento dos canais que existem ou organizar algum movimento reivindicatório solicitando a sua manutenção e aprimoramento.

Apesar disso, o mais importante é que os envolvidos considerem *prima facie* a existência de diferentes métodos autocompositivos, desde a negociação direta até o *design* de sistemas, e percebam que novos processos consensuais ajudam, e muito, no alcance de bons acordos e resultados por causa da criação de uma interação estratégica entre as partes. Não só isso, mas também a etapa de identificação dos caminhos resolutivos possíveis auxilia as partes a melhor entender quais os pontos cruciais do conflito, se há a necessidade de um terceiro neutro, se toda a contenda pode ou não ser resolvida por uma só via ou se é possível a realização de acordos parciais.

Por último, o aproveitamento ótimo dos espaços negociais e das janelas de oportunidade de resolução consensual dos conflitos pode ser alcançado com maior frequência por aqueles que se dispõem a ativamente tentar. Assim, a participação verdadeira, ainda que inicial e informativa, em tentativas autocompositivas é o fator essencial para que as pessoas adquiram prática e desenvoltura na construção de acordos satisfatórios, factíveis e sustentáveis no tempo. Isso porque a ambiência da tomada de decisão descrita nos parágrafos anteriores é, naturalmente, seguida do momento da decisão, ou seja, a distribuição dos valores. A organização das informações adquiridas em forma de acordo certamente é uma tarefa que precisa de treino e prática para o seu aprimoramento.

Então, a pergunta que deve ser respondida inexoravelmente é se as partes realmente precisam de um Tribunal para solucionar o conflito e porquê. Acredita-se que uma resposta completa só seria possível após o percurso do sequenciamento das condutas elencadas acima. Essa maior clareza gerada pelo mapeamento e experimentação do ambiente extrajudicial é um fator elementar na trajetória de resolução de conflitos, sem o qual consideramos impossível a realização de um acesso responsável à justiça.

---

conflitos. Trata-se do clássico conflito de agência. O gestor público tem grande desinteresse para promover soluções que sejam benéficas ao interesse público, no contexto do problema, se isso implicar a assunção de riscos pessoais de sanções administrativas ou até criminais. Os interesses público e privado (e os incentivo decorrentes) acabam desalinhados". FALECK, D. *Manual de design de sistemas de disputas*: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 103.

4.4. O *framework* utilizado no caso de Brumadinho

Os operadores do direito, atualmente, são chamados a manejar o conflito de forma eficiente desde seu estágio inicial[258]. Tal perspectiva, como temos visto, amplifica o rol de atuação jurídica. Destacam Janet K. Martinez e Stephanie Smith que alguns advogados têm, inclusive, a oportunidade de trabalhar na criação e melhoramento de sistemas de prevenção e endereçamento de conflitos das mais diversas instituições. A análise de sistemas se coloca como a ponte necessária entre o conhecimento técnico-jurídico tradicional e a responsabilidade profissional de um resolvedor de problemas.

Ilustrativamente, abordar-se-á o contexto do programa extrajudicial de indenizações individuais criado em razão do rompimento da barragem da Mina Córrego do Feijão, em Brumadinho/MG, no intuito de aclarar a estrutura de análise proposta. Acreditamos que o *framework* utilizado poderá ser de inspiração para outras situações peculiares e desafiadoras.

Segundo Isabela Ferrari, a prioridade inicial, na criação de uma estrutura de processo resolutivo, é a leitura do ambiente de conflito a partir de dois enfoques, um emocional e outro pragmático. O enfoque emocional se dedica a analisar o que se chama "temperatura" ou o estado de sensibilidade emocional coletiva das pessoas atingidas pelo evento danoso. Essa percepção irá informar o profissional encarregado do desenho do sistema sobre a necessidade de uma etapa de acolhimento e ambientação segura das pessoas antes de qualquer tratativa negocial propriamente dita[259]. Já o enfoque pragmático se preocupa em identificar o número de atingidos, os *stakeholders*, a característica e extensão dos danos, para que o processo de indenização possa ser adequado à realidade local e traga razões para a adesão ao programa. Não só isso, a observação pragmática do contexto assegura às partes o gerenciamento de suas expectativas e o planejamento em relação aos recursos, montante indenizatório e dispêndios financeiros que serão eventualmente devidos.

Em relação aos custos, destaca-se a importância desse planejamento para que a empresa responsável se mantenha solvente e honre os compromissos que serão firmados. A aquisição do programa e sua rápida instalação permitem que diversos outros custos de transação sejam reduzidos e redirecionados em forma de indenizações mais robustas aos

---

[258] SMITH, S.; MARTINEZ, J. An analytic framework for dispute systems design. Harvard Negotiation Law Review, vol. 14, n. 123, Winter, 2009, p. 124.

[259] "É fundamental criar ferramentas para que essas pessoas sejam capazes de elaborar a dor. Só então elas poderão lidar com aspectos patrimoniais da tragédia". FERRARI, I. Dispute Resolution para grandes tragédias – Uma Alternativa para Promover acesso à justiça tempestivo para as vítimas de Brumadinho. In: FUX, L.; AVILA, H.; CABRAL, T. N X. (coords). *Tecnologia e Justiça Multiportas*: Teoria e Prática. Editora Foco. 2021, p. 545

requerentes. Nesse ponto, retoma-se a necessidade de as instituições, públicas e privadas, serem igualmente consideradas quando no cumprimento da obrigatoriedade da tentativa prévia de autocomposição. Isto é, não só os canais comunicativos precisam estar disponíveis e operantes para que repercutam na redução dos custos de transação, como também, em um eventual litígio, essa disponibilidade (ou não) deve estar refletida no cálculo do *quantum* indenizatório.

O sistema utilizado em Brumadinho é não adversarial e fundamentado na cooperação, de modo que são utilizados critérios objetivos e externos aos sujeitos envolvidos para a tomada de decisão, garantindo maior legitimidade e afastamento de "barganhas". São exemplos de critérios objetivos os valores de mercado, critérios reconhecidos na jurisprudência, avaliações técnicas, costumes, dentre outros.

No caso de Brumadinho foi firmado um Termo de Compromisso (TC) entre a empresa responsável e a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, o qual estabeleceu "referências de indenização amparadas pela jurisprudência predominante e melhores práticas de mercado, com avanços e dispositivos que permitem um bom grau de flexibilidade na análise comprobatória, para viabilizar a efetiva compensação nos casos de informalidade e vulnerabilidade"[260]. Importante dizer que o TC é aplicado para todas as pessoas que participam do programa a fim de garantir-se a isonomia e, principalmente, a confiabilidade do sistema.

Em termos processuais, o programa utiliza a seguinte estrutura: (i) reunião inicial informativa, (ii) saneamento de dúvidas e pendências documentais e (iii) reunião de apresentação de propostas. Todas as reuniões são conduzidas por facilitadores neutros e independentes e todas as partes são acompanhadas por seus advogados[261].

A primeira reunião é composta então pelo requerente e seu advogado e um facilitador, sendo esta etapa realizada sem a presença da empresa e de seus procuradores. Nessa reunião são trazidos com muita transparência os fundamentos do programa, as etapas do processo e o papel da facilitação, para que o requerente e seu advogado decidam se querem ou não dar prosseguimento ao ingresso. Dando o requerente sinal positivo, a facilitação se dedica a ouvir ativamente o caso trazido e elaborar um relato com os detalhes do que foi vivenciado pelo

---

[260] FERRARI, I. Dispute Resolution para grandes tragédias – Uma Alternativa para Promover acesso à justiça tempestivo para as vítimas de Brumadinho. In: FUX, L.; AVILA, H.; CABRAL, T. N X. (coords). *Tecnologia e Justiça Multiportas*: Teoria e Prática. Editora Foco. 2021, p. 545.

[261] FALECK, D. Tecnologia e Sistemas de Indenização: A Experiência de Brumadinho. In: ÁVILA, H.; CABRAL, T. N. X.; FUX, L. (coords.). *Tecnologia e Justiça Multiportas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 357-365.

atingido e a pormenorização dos pedidos que ele entende devidos. Por oportuno, a facilitação auxilia as partes na organização do relato e documentações pertinentes para que o requerimento possa ser encaminhado de forma muito completa e redonda no intuito de dar celeridade aos cálculos e para que a elaboração de uma eventual proposta de indenização seja feita no menor tempo possível.

Também se destaca o papel da facilitação de acolher e validar as emoções que estão envolvidas. O tratamento digno e respeitoso é um dos pilares centrais do princípio da justiça procedimental, analisado em capítulo anterior, princípio este que fundamentou o *framework* utilizado neste caso. Assim, permitir que o requerente possa desde a primeira etapa do programa, bem como nas demais, ventilar seus sentimentos e se sentir ouvido é imprescindível para a sensação de justiça e para o bom andamento das tratativas. O espaço de gestão emocional contribui enormemente para o desenvolvimento de satisfação e pacificação, ainda que o resultado seja diverso do esperado.

A etapa de saneamento de dúvidas e pendências documentais também é assistida pelos facilitadores, que realizam o encaminhamento dos comunicados entre as partes, realizando um verdadeiro “meio de campo”, e buscando ativamente o retorno das pendências. A depender da complexidade do caso, também é possível a realização de uma reunião de esclarecimentos, para que as partes possam conversar diretamente e elucidar as questões necessárias para o andamento mais célere do procedimento. Acrescenta-se que essa tende a ser uma primeira oportunidade de contato entre o requerente e o requerido, o que permite que ambas as partes possam trabalhar em conjunto e cooperar com o andamento do caso.

O próximo passo é a realização de uma devolutiva por parte do requerido sobre a possibilidade ou não de elaboração de uma proposta de acordo através, especificamente, do programa extrajudicial de indenização. Nota-se que a facilitação, para manter a neutralidade, não participa de nenhuma etapa de análise ou verificação de elegibilidade dos requerentes, se mantendo na função de interlocução das decisões.

Caso a devolutiva seja negativa, no sentido de que não teria sido possível, naquela via, elaborar uma proposta, se abre para as partes a possibilidade de realização de nova reunião de esclarecimento, para que possam ser examinadas as razões da inelegibilidade daquele requerente. A partir das informações que são colocadas em mesa, podem as partes direcionar o caso para uma reavaliação ou decidir pelo encerramento das tratativas dentro do programa.

Caso a devolutiva seja positiva, é realizada uma reunião de apresentação de propostas na qual são apresentados os valores, as bases de cálculo e todos os demais elementos que são

previstos no TC. Essa reunião também é uma oportunidade para tirar quaisquer dúvidas através de uma discussão aberta e polida sobre as propostas, com a ajuda do facilitador para dirimir eventuais divergências.

Os encaminhamentos possíveis dessa etapa são a reavaliação, nos casos em que couber, a recusa da proposta, o aceite da proposta e o tempo de reflexão, momento que as partes podem utilizar para pensar sobre o que foi apresentado e decidir posteriormente sobre eventual aceite. Em estando todos de acordo, encaminha-se o caso para a reunião de assinatura, na qual é explicado o passo a passo para o pagamento da indenização, que também é realizado no prazo e na forma decidida no Termo de Compromisso.

A qualquer momento do programa também pode o requerente desistir da via consensual.

Por oportuno, a facilitação tem a função de garantir que a comunicação seja acessível e compreensível até mesmo para pessoas com baixa ou nenhuma escolaridade. Também é indispensável garantir o respeito, a compreensão sobre os pontos divergentes e os espaços de fala para todos, caso alguma reunião venha a se tornar mais "inflamada". Por fim, todas as reuniões se iniciam com uma breve abertura realizada pela facilitação no intuito de recepcionar os participantes, estabelecer o objetivo daquele encontro e relembrar os fundamentos da boa-fé, confidencialidade, respeito e veracidade que devem estar presentes.

Como se pode ver, o programa se propôs a ser uma via de concretizar a desafiadora tarefa de indenizar, especialmente em contextos de extrema adversidade do evento danoso. O *framework* utilizado foi construído sobre os alicerces da negociação, do desenho de sistemas, da adequação e da cooperação e se coloca como uma iniciativa vital no momento jurídico que vivemos. Atenta-se também para o fato de que o sistema não adota um método padronizado e pré-existente de resolução, mas conecta ferramentas adequadas e viáveis ao caso concreto.

O sequenciamento intencional das ferramentas e métodos autocompositivos cria a ambiência necessária para que as partes possam chegar ao melhor acordo possível. E caso essa tentativa seja infrutífera, as partes seguem buscando seus interesses pelas demais vias existentes carregando uma importante bagagem informativa para a organização de novas estratégias.

Sob a perspectiva da observação empírica realizada, foi possível constatar que quanto mais os advogados e partes participavam do programa, melhor era a desenvoltura nas reuniões e aproveitamento das informações que eram compartilhadas. Em outras palavras, a

familiaridade adquirida com as tentativas de acordo retirou as partes da postura adversarial automática e possibilitou o recolhimento de bons frutos daquela oportunidade.

Seguindo o modelo analisado, os movimentos iniciais diante do conflito são informativos e de conscientização. É, na prática, se aproximar do canal comunicativo disponível e checar as possibilidades existentes. Por vezes, nesse primeiro mapeamento já se percebe diversas opções para atender ao mesmo interesse, ou se identifica a necessidade de um terceiro para ajudar na comunicação, ou se descobre a existência de uma plataforma digital, etc.

Por conseguinte, são elucidados os objetivos e resultados esperados pelo cliente para só então realizar um primeiro contato com a outra parte envolvida. Como se pode ver, alguns movimentos iniciais simples (mesmo que técnicos e estratégicos) são capazes de deixar a porta da solução consensual entreaberta, tornando o ambiente favorável a um potencial acordo.

A lógica que deve se replicar é a de que o diálogo amigável e estruturado dá início à construção de confiança e inaugura a redução da assimetria de informações entre as partes. A partir de então as trocas realizadas vão gerando conteúdos valiosos para a resolução do conflito, permitindo que o requerente compare com mais robustez os resultados e realize tomadas de decisão racionais.

O raciocínio construído, a partir da análise do desenho utilizado no programa de indenizações em Brumadinho, fornece aos profissionais da resolução de disputas uma noção sobre o melhor aproveitamento dos espaços negociais, desde conflitos “menos complexos” até conflitos mais intrincados, com múltiplas partes e múltiplos assuntos.

O movimento resolutivo se inicia com o olhar para o conflito e vai passando pelos fatores de superação de presunções, identificação de interesses mais profundos, aproveitamento dos espaços dialógicos, experiência respeitosa, humanizada e participativa, alcançando um amadurecimento da causa. Observa-se assim a validação do escalonamento comportamental gerador de acesso responsável à justiça, de cooperação e de adequação.

CONCLUSÃO

Segundo Calmon de Passos, a ética da modernidade se tornou individualista quando o homem, no intuito de potencializar o seu direito de plena realização pessoal, deu ênfase à liberdade em detrimento da responsabilidade, à competição em desfavor da solidariedade. Consequentemente se instaurou um paradoxo entre um discurso libertário e uma relação de dependência paternalista. O homem, descomprometido com seus deveres, se coloca ilhado e isolado em um mundo que é, na verdade, estruturado pela interdependência.

Continua o autor relembrando que o Direito é um remédio que atesta um fracasso social, isto é, ele ocorre quando da impotência do homem em prevenir e solucionar os conflitos através das instituições não-estatais. Só então nasce a necessidade da utilização dos mecanismos judiciais, última expressão da tutela jurisdicional. Assim, entoa-se: "Feliz a sociedade que precisa de poucos juristas"[262] porque colocou o *outro* na esfera de responsabilidade, ao invés de colocá-lo desde logo como adversário.

Como foi visto neste trabalho, a preocupação com a resolução adequada dos conflitos se tornou recentemente um foco para a academia, para os gestores públicos e para os profissionais do direito. Há algumas décadas a garantia de acesso aos métodos consensuais de resolução, bem como as disciplinas universitárias relacionadas à negociação, mediação e arbitragem, não eram tópicos relevantes nos programas educacionais e políticos[263]. Por isso, é importante reconhecer os expressivos avanços e movimentos que já foram feitos até os dias de hoje.

Segundo Michael Moffitt e Robert Bordone, esse momento em que ocorre a passagem entre a fundação de um movimento para as novas vozes que deverão dar continuidade aos conceitos e ideias apresentados é importantíssimo. Especialmente em relação à resolução adequada de conflitos, acreditam os autores que este é um campo do conhecimento que veio para ficar e que ainda conta com muito espaço para evolução.

Apesar de todo o entusiasmo que circunda essa disciplina, não são todos os que apoiam a expansão da autocomposição e que se dedicam a incorporar as mudanças que se

---

[262] "A presença do jurista – doutrinador, postulador ou julgador – denuncia a vitória da doença no corpo social, como a do médico que comunica a vitória da doença no corpo biológico. Feliz a sociedade que precisa de poucos médicos. Feliz a sociedade que precisa de poucos juristas. O que ocorreu em nossos dias, entretanto foi o oposto. A nossa perda de perspectiva nos levou à apologia da doença e do doutor, ao invés de cuidarmos da sua profilaxia e prevenção". PASSOS, J. J. C. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense. 2000, p. 101.

[263] MOFFITT, M. L.; BORDONE, R. C.; SANDER, F. The next thirty years - Directions and Challenges in Dispute Resolution. In: *The handbook of dispute resolution*. Program On Negotiation of Harvard Law School. 2005, p. 507.

apresentam como necessárias, e quanto a sua eventual obrigatoriedade há mais divergências ainda. Entende-se que é imprescindível manejar as diferenças e por isso buscou-se compreender melhor os argumentos e preocupações de diversos doutrinadores para que se possa instigar o desenvolvimento de respostas processuais mais apropriadas e satisfatórias.

De modo geral, todas as correntes, contra e a favor, sobre obrigatoriedade da tentativa de autocomposição prévia, analisadas anteriormente, apresentam preocupações que são, em sua grande parte, comuns entre si, como por exemplo utilização dos métodos consensuais segundo a sua adequação, a participação de partes mais vulneráveis, o equilíbrio dos poderes, a proteção contra resultados injustos, salvaguarda do consentimento e autonomia da vontade, dentre outras. Dessa forma, o que se precisa é um crescimento do diálogo sobre processos de resolução de disputas e uma abertura para perspectivas que possam conjugar as divergências, estabelecendo um *modus operandi* mais funcional.

Defendeu-se que o condicionamento do acesso ao Poder Judiciário à tentativa autocompositiva extrajudicial é constitucional e decorre dos novos contornos do acesso à justiça, do interesse de agir, do dever de cooperação e da adequação. Assim, apesar de o legislador ainda não ter alcançado um arranjo normativo ótimo capaz de conformizar tantos avanços ocorridos na ciência da criação de acordos, o conjunto de normas e entendimentos consolidados atualmente já nos permite entender pela obrigatoriedade.

O ponto que se buscou destacar ao logo deste trabalho é que a imposição da tentativa autocompositiva implica na redução da liberdade dos indivíduos sem necessariamente comprometer o acesso à justiça e a autonomia da vontade, vez que ela se realiza de diversas formas dentro de um sequenciamento gradativo de condutas. Não só, como também a obrigatoriedade da tentativa encaminha os indivíduos para o cumprimento de outros deveres já firmados e convergentes com os fins constitucionalmente protegidos. Diante disso, o que se vislumbra é um caminho operacional a ser construído capaz de harmonizar tantas convicções através do melhor manuseio de espaços autocompositivos.

Não se pode negar que uma nova ordem de atuação também depende da educação jurídica, formação e reciclagem dos profissionais para que possam melhor diagnosticar as situações de conflito e compreender os procedimentos resolutivos que estão hoje disponíveis. A metáfora que se coloca é a de que um cirurgião que sabe operar, mas não sabe identificar quando a operação é de fato necessária é mais danoso do que benéfico. Em outras palavras, o advogado e seu cliente precisam passar por uma esteira de movimentos mais coerente, iniciando pelas formas de solução menos invasivas e com mais autonomia, e caminhar

gradativamente para as formas mais belicosas, salvo quando justificadamente couber encadeamento diverso.

Também é necessário superar a chamada resistência privada, ou seja, a postura de defesa pública do Sistema Multiportas e dos métodos autocompositivos, porém, interna e privadamente, não há nenhuma modificação de comportamento ou tomada de decisão que coopere para a efetiva aplicação desse sistema. Por isso, temos aqui um convite para olharmos para nossa própria atuação e perceber se ela é de fato a mais laboriosa, responsável e adequada possível.

Existem muitos elementos que tornam a resolução de conflitos por meio de acordo um campo de estudo interessante. A sua institucionalização e normatização devem, simultaneamente, ser acompanhadas da preservação da independência, criatividade e flexibilidade que tanto inspiram sua utilização. Assim, o escalonamento de condutas proposto se presta objetivamente a enriquecer as formas de realizar a tentativa autocompositiva extrajudicial e contribuir para o tratamento adequado dos conflitos dentro de um sistema verdadeiramente multiportas.

Para isso, sustentou-se que a tentativa autocompositiva extrajudicial capaz de cumprir com a obrigatoriedade não se perfaz por meio de um método específico, mas por uma vasta gama de comportamentos caracterizados pela potencialidade de um acordo. Sugere-se ao profissional do direito a exploração do seguinte fluxo: tomada de consciência sobre os vieses que eventualmente estejam ofuscando importantes elementos do conflito, a compreensão sobre os pontos de maior valor para as partes envolvidas, a listagem dos caminhos consensuais já disponíveis (ou a disponibilização de novos caminhos extrajudiciais por parte das instituições e requeridos) e, por fim, a efetiva tentativa, ainda que de cunho informativo. O resultado desse percurso mune o interessado ora para cumprir com a obrigatoriedade da tentativa autocompositiva ora para justificar a adequação da via judicial.

Por fim, a experiência de Brumadinho utilizada neste trabalho apresenta um repertório de movimentos que as partes podem utilizar para expressar sua vontade e dar passos significativos em prol da resolução do conflito. Cada etapa do programa pode ser observada em separado para inspirar o procurador no encaminhamento inicial mais adequado para o seu cliente, além de exemplificar ilustrativamente como se dá a participação em um desenho de sistemas.

As novas perspectivas sobre como vamos manejar e resolver as diferenças são uma oportunidade para melhorar a forma como as pessoas interagem nas situações de conflito. A

inovação está exatamente em naturalizar o direcionamento da resolução para ambientes negociais de tal forma que a escolha da via judicial passe a ser a opção questionada.

"O desafio de lançar ideias para ressignificar um sistema é enorme e requer a busca por significados que pretendem um mesmo fim"[264]. Apesar de pontuais discordâncias, todos estão do mesmo lado no propósito de efetivar as virtudes constitucionalmente previstas. Sem embargo, persevera-se no chamado para se tentar antecipadamente compor soluções fora do Poder Judiciário. O objetivo do presente trabalho terá sido enfim alcançado caso tenham sido inspiradas novas práticas autocompositivas para a resolução de conflitos. Espera-se ter ultrapassado o aspecto da simples reflexão para de fato realizar o encorajamento do leitor a agir de forma diferente. Que se possa estar efetivamente comprometido com a prioridade da resolução pacífica das controvérsias de modo a contribuir para a entrega da justiça à sociedade.

[264]ALMEIDA, J. G. C. NETO, A. B.; A evolução do conceito de justiça - da antiguidade à pós-modernidade. In: NETO, A. B. (org.). *Justiça*: reflexões sobre caminhos além do Judiciário. São Paulo: Editora CLA Cultural, 2022, p. 268.

REFERÊNCIAS

ALLISON, J. R. Five Ways to Keep Disputes Out of Court. *Harvard Business Review on Negotiation and Dispute Resolution, Boulder*, CO, v. 68, n.1, p. 166-177, Jan.-Feb. 1991.

ALMEIDA, D. A. R. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 195, p. 185-208, mai./2011.

ALMEIDA, D. A. R. Novamente o princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. In: ZANETI JR., H.; CABRAL, T. N. X. (coords.). *Justiça Multiportas*. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2018.

ALMEIDA, J. G. C. NETO, A. B.; A evolução do conceito de justiça - da antiguidade à pós-modernidade. In: NETO, A. B. (org.). *Justiça*: reflexões sobre caminhos além do Judiciário. São Paulo: Editora CLA Cultural, 2022.

ASPERTI, M. C. A.; CHIUZULI, D. R.; COSTA, S. H.; DELCHIARO, M. T. C. Quem paga a conta do congestionamento do Judiciário brasileiro? Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/qu em-paga-a-conta-do-congestionamento-do-judiciario-brasileiro-21022022. Acesso em: 5 abr. 2022.

ÁVILA, H.; CABRAL, T. N. X.; FUX, L. *Tecnologia e Justiça Multiportas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

AZEVEDO, A. F. G. *Pedagogia de competências como paradigma do processo formativo em negociação*: uma proposta a partir da experiência da oficina de negociação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

AZEVEDO, A. G. Autocomposição e processos construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados. *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*, v. 3, 2004.

BABCOCK, L.; LOEWENSTEIN, G.; ISSACHAROFF, S. Creating convergence: Debiasing biased litigants. *Law & Social Inquiry*, v. 22, n. 4, p. 913-925, 1997.

BENEDUZI, R. R. Teoria geral do litígio. In: MENDES, A. G. C.; BEDAQUE, J. R. S.; CARNEIRO, P. C. P.; ARRUDA ALVIM, T. *O novo processo civil brasileiro*: temas relevantes – Estudos em homenagem ao Professor, Jurista e Ministro LUIZ FUX. Rio de Janeiro: GZ Editora, V. II, 2018, p. 415-436.

BERGAMASCHI, A. L.; TARTUCE, F. A solução negociada e a figura jurídica da transação: associação necessária? 2015. Disponível em: https://fernandatartuce.com.br/a-solucao-negociada-e-a-figura-juridica-da-transacao-associacao-necessaria/. Acesso em: 5 abr. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 4 mar. 2022.

BRASIL. Resolução Administrativa nº 1, de 27 de janeiro de 2022. *Dispõe sobre as regras de competência, estruturação e funcionamento do Centro Judiciário de Métodos Consensuais de Solução de Disputas da Justiça do Trabalho (CEJUSC-JT) de 1º Grau, do Tribunal Regional de Trabalho da Primeira Região, e dá outras providências*. 2022. Disponível em: https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/bitstream/1001/2844761/1/ResAdm2022-0001-C.htm. Acesso em: 5 abr. 2022.

BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº 108, de 2015*. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=1397910&d isposition=inline. Acesso em: 5 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-c do cpc. Expurgos inflacionários em caderneta de poupança. Exibição de extratos bancários. Ação cautelar de exibição de documentos. Interesse de agir. Pedido prévio à instituição financeira. RE 1.349.453 – MS. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 10 dez. 2014. Disponível em: https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7693/1/STJ%20REsp%201349453%20Recurso%20Repetitivo.pdf. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Prévio requerimento administrativo e interesse em agir. RE 631240 / MG - MINAS GERAIS. Relator: Min. Roberto Barroso. 3 Set. 2014. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863853185/recurso-extraordinario-re-631240-mg-minas-gerais/inteiro-teor-863853564?ref=juris-tabs. Acesso em: 10 mar. 2022.

BUZZI, M. A. G. O princípio da cooperação e a audiência prevista no artigo 334 do novo código de processo civil. *Revista FONAMEC*, Rio de Janeiro, v.1, n. 1, p. 263-272, maio 2017.

CABRAL, T. N. X. A eficiência da audiência do art. 334 do CPC. *Revista de Processo*, v. 298/2019. P. 107-120. 2019.

CABRAL, T. N. X. *Limites da liberdade processual*. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 533/2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=2191394 . Acesso em: 3 maio 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 3813/2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=22 57795. Acesso em 3 maio 2022

CAPPELLETTI, M. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*, vol. 61, 1991.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Reimpr. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARNEIRO, P. C. P. *Acesso à justiça*: juizados especiais cíveis e ação civil pública: Uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

CETIC.BR. TIC Domicílios 2020: domicílios com acesso à internet. DOMICÍLIOS COM ACESSO À INTERNET. 2022. Elaborado por Creative Commons - Atribuição-CompartilhaIgual 4.0 Internacional. Disponível em: https://cetic.br/pt/tics/domicilios/2020/domicilios/A4/. Acesso em: 19 abr. 2022.

CHAGAS, B. C. R. *O tratamento adequado de conflitos no processo civil brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números. 2022. CNJ. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em%20-numeros/. Acesso em: 1 maio 2022.

DINAMARCO. C. R. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

EDWARDS, B. Renovating the multi-door courthouse: Designing trial court dispute resolution systems to improve results and control costs. *Harv. Negot. L. Rev*., v. 18, p. 281, 2013.

ESTEVES, D.; SILVA, F. R. A. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FABRÍCIO, A. F. O Interesse de Agir como Pressuposto Processual. *Revista da Emerj*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 164-195, abr. 2018.

FALECK, D. *Desenho de Sistemas de Disputas*: Criação de arranjos procedimentais consensuais adequados e contextualizados para o gerenciamento e resolução de controvérsias. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

FALECK, D. *Manual de design de sistemas de disputas*: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FALECK, D.; TARTUCE, F. Introdução histórica e modelos de mediação. Disponível em www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso em: 29 jan. 2022.

FALECK, D. Tecnologia e Sistemas de Indenização: A Experiência de Brumadinho. In: ÁVILA, H.; CABRAL, T. N. X.; FUX, L. (coords.). *Tecnologia e Justiça Multiportas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

FALECK. D.; SANTOS, L. R. O. A janela de mediação. In: SANCHES, S.; NORTHFLEET, E. G. *Estudos sobre a evolução da arbitragem e da mediação no Brasil*. Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP e FIESP. São Paulo: Sesi Editora, 2021.

FERRARI, I. Dispute Resolution para grandes tragédias – Uma Alternativa para Promover acesso à justiça tempestivo para as vítimas de Brumadinho. In: FUX, L.; AVILA, H.; CABRAL, T. N X. (coords). *Tecnologia e Justiça Multiportas*: Teoria e Prática. Editora Foco. 2021.

OLIVEIRA FILHO, S. D. *Interesse processual e acesso à ordem jurídica justa*: a efetiva necessidade do processo judicial como filtro válido de demandas. Tese (Doutorado em Direito), Pós-Graduação da Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

FISCHER, R.; PATTON, B.; URY, W. *Como Chegar ao Sim*. Rio de Janeiro: Editora Imago, 1994.

FONTOURA, E.; GIUSTI, G.; GOMMA, A.; ROSADILLA, M. (2020, 17 de junho) Pacificar e Prosperar: mercado de resolução de conflitos [WEBINAR]. Por Instituto ADR Brasil, Pepperdine University & Resoluto. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=13Sj7m2U6Q0

GAJARDONI, F. F.; SOUZA, M. B. Os princípios da adequação, da adaptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz no novo CPC. *Rev. TST*, Brasília, vol. 82, 3, jul/set 2016.

GAJARDONI, F. F. *et al*. *Teoria geral do processo*: comentários ao CPC de 2015. Parte geral. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Método, 2019.

GAJARDONI, F. F. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério: uma proposta de releitura do princípio do acesso à justiça à luz do CPC/15. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Ano 14, vol. 21, n. 2, maio a agosto de 2020.

GAJARDONI, F. F. Releitura do princípio do acesso à Justiça em tempos de pandemia. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 21, nº 55, p. 51-62, Julho-Setembro/2020b.

GAJARDONI, F. F. ROQUE, A.; DELLORE, L.; MACHADO, M.; OLIVEIRA JUNIOR, Z. D. Releitura do princípio do acesso à Justiça: A necessidade de prévio requerimento e o uso da plataforma consumidor.gov.br. 2019. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-pro cesso-civil/304544/releitura-do-principio-do-acesso-a-justica-a-necessidade-de-previo-requerimento-e-o-uso-da-plataforma-consumidorgovbr> Acesso em 05 Abr. 2022.

GEHANI, R. R.; GEHANI, R. Mary Parker Follett's constructive conflict: A “psychological foundation of business administration” for innovative global enterprises. *International Journal of Public Administration*, v. 30, n. 4, p. 387-404, 2007.

GIUPPONI, G.; MORA-SANGUINETTI, J.; NUNZIATA, L.; PALUMBO, G. Judicial performance and its determinants: a cross-country perspective. *OECD Economic Policy Papers*, n.05, jun. 2013.

GOLDBERG, S.; SANDER, F.; ROGERS, N.; COLE, S. *Dispute resolution*: negotiation, mediation, and other processes. Published by Wolters Kluwer Law & Business. 6 ed. New York. 2012.

GONÇALVES, M. B. Jurisdição condicionada e acesso à justiça: considerações sobre a escalada de tutelas contra a fazenda pública. *Revista de Processo*, p. 319-338, 2016.

GREGER. R. Cooperação como princípio processual. *Revista de Processo*, vol. 206, abril de 2012.

GRINOVER, A. P. *Ensaio sobre a processualidade*. Brasília: Gazeta Jurídica. 2018. Pp. 13-20.

GRECO, L. *Instituições de Processo Civil*: Introdução ao Direito Processual Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1.

HILL, F. P. "A desjudicialização e o necessário incremento da cooperação entre as esferas judicial e extrajudicial. In: ALVES, Lucelia de Sena. SOARES, Carlos Henrique. FARIA, Gustavo de Castro. BORGES, Fernanda Gomes e Souza. *4 anos de vigência do Código de Processo de 2015*. Londrina: Thoth, 2020.

HILL, F. P. Desjudicialização e Acesso à Justiça Além dos Tribunais: pela Concepção de um Devido Processo Legal Extrajudicial. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, Ano 15, Volume 22, Número 1, Janeiro a Abril de 2021.

HILL, F. P. Utopia e Realidade: O CPC/2015 e o novo perfil de atuação dos operadores do Direito. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 22, nº 1576, 08 de Março de 2022.

HILL, F. P.; PINHO, H. D. B. Desjudicialização e atos probatórios concertados entre as esferas judicial e extrajudicial: a cooperação interinstitucional online prevista na resolução 350 do CNJ. *RJLB*, Ano 7, n. 5, 2021.

HILL, F. P.; PINHO, H. D. B. Três perspectivas da cooperação a partir do código de processo civil de 2015: cooperação pré-processual, endoprocessual e preterprocessual. *Coluna REDP Expresso*, 2022. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj. br/index.php/redp/article/view/66638> Acesso em 01/05/2022.

HILL, F. P. Desjudicialização da Execução Civil: Reflexões sobre o Projeto de Lei nº 6.204/2019, *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 14, v. 21, n. 3, setembro a dezembro de 2020.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. Mapa do Analfabetismo no Brasil. Disponível em: https://www.gov.br/inep/pt-br/centrais-de-conteudo/acervo-linha-editorial/publicacoes-institucionais/estatistica s-e-indicadores-educacionais/mapa-do-analfabetismo-no- brasil Acesso em 22/12/2022

THEODORO JUNIOR, H. Acesso à justiça. Sociedade empresarial. Cláusulas estatutárias que condicionam a formação da vontade social quanto ao interesse em litigar ou não a procedimentos internos especiais: ausência de violação ao princípio da inafastabilidade de jurisdição. *Revista de Processo*, vol. 301/2020, p. 303-324, mar. 2020.

RABINOVICH-EINY, O.; KATSH, E. Technology and the future of dispute systems design. *Harv. Negot. L. Rev.*, v. 17, p. 151, 2012.

KISA, Coreia, 2018, Internet White Paper. Disponível em: https://www.kisa.or.kr/eng/usefulreport/ whitePaper_List.jsp . Acesso em 03/05/2022.

KUSTER, R. Utility function and rational choice as support mechanisms to maximize mediation and legal negotiation settlement output. *Pepp. Disp. Resol. LJ*, v. 17, p. 263, 2017.

LONGO, S. M. WALD, A. P. A mediação nos EUA e no Brasil. Migalhas. Maio de 2019. Disponível em https://www.migalhas.com.br/depeso/302296/a-mediacao-nos-eu a-e-no-brasil. Acesso em 04/05/2022.

VAN LOO, R. The corporation as courthouse. *Yale J. on Reg.*, v. 33, p. 547, 2016.

MAIA, B. A. T.; BORGES, F. G. S; HILL, F. P.; RIBEIRO, F. P.; PEIXOTO, R. C. V. *Acesso à justiça*: um novo olhar a partir do Código de Processo Civil de 2015. Londrina, PR: Thoth, 2021.

MANCUSO, R. C. *A resolução dos conflitos*. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial*. São Paulo: RT, 2009.

MAZZOLA, M. L. S. *Cooperação e Operosidade*: a inobservância do dever de colaboração pelo juiz como fundamento autônomo de impugnação. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

MAZZOLA, M. *Sanções premiais no processo civil*: Previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação judicial. Salvador: Editora JusPodivm, 2022.

MENDONÇA, F. H. Entrando em consenso sobre a obrigatoriedade da audiência de conciliação ou mediação preliminar. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

MENDES, A. G. C. Acesso à justiça e necessidade de prévio requerimento administrativo: o interesse como condição da ação - comentários ao recurso extraordinário nº 631.240, de relatoria do ministro Luis Roberto Barroso. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 14, volume 21, número 3, setembro a dezembro de 2020.

MENEZES, G. Q. T. *A fase pré-processual*: o ônus de preparação da demanda e os filtros legítimos à propositura de ações judiciais. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

MICHELE, T. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). Barreiros. L.M.S (Trad.). *Revista de Processo*, São Paulo, novembro/2009, n. 177.

MITIDIERO, D. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? um convite ao diálogo para Lenio Streck. *Revista de Processo*, ano 36, vol. 194, abril 2011.

MNOOKIN, R. H. *Beyond winning*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 2000.

MNOOKIN, R. H. Why negotiations fail: An exploration of barriers to the resolution of conflict. *Ohio St. J. on Disp. Resol.*, v. 8, p. 235, 1992.

MOFFITT, M. L.; BORDONE, R. C.; SANDER, F. The next thirty years - Directions and Challenges in Dispute Resolution. In: *The handbook of dispute resolution*. Program On Negotiation of Harvard Law School. 2005.

NAVARRO, E. W. *Análise Econômica do Processo Civil* - Como a economia, o direito e psicologia podem vencer a tragédia da justiça. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais, 2019.

FUX, L.; NERY JUNIOR, N.; WAMBIER, T. A. A. *Processo e constituição*. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NALINI, J. R. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NETO, A. B.; LISOT, A.; ROSA, B. V. X. S.; BUENO, F. S. BOBROW, M.; PINTO, V. S. Ressignificação do sistema - buscando uma nova ordem jurídica através do diálogo multidisciplinar. In: NETO, A. B. (org.). *Justiça*: reflexões sobre caminhos além do Judiciário. São Paulo: Editora CLA Cultural, 2022.

OAB-GO. TJ-GO substituirá cartas precatórias por agendamento eletrônico nas unidades judiciárias. 2022. Disponível em: https://www.oabgo.org.br/oab/noticias/informativos/tj-go-substituira-cartas-precatorias-por-agendamento-eletronico-nas-unidades-judiciarias/. Acesso em: 10 abr. 2022.

OLIVEIRA. D. O. Uma releitura do princípio do acesso à justiça e a ideia da desjudicialização. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Volume XI, 2013.

PASSOS, J. J. C. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

PAULA, G. *Cliente feliz dá lucro*. São Paulo: Buzz Editora, 2021.

PAUMGARTTEN, M. P.; PINHO, H. D. B. Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Volume XI, 2013.

PICARDI, N. Resenha da Obra “Do Formalismo no Processo Civil: Proposta de um Formalismo-Valorativo”. Trad. Daniel Francisco Mitidiero. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 28, p. 201-207, 2011.

PIMENTEL. W. *Acesso responsável à justiça*: o impacto dos custos na decisão de litigar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PINHO, H. D. B. A cooperação como elemento estruturante da interface entre poder judiciário e juízo arbitral. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, ano 11, volume 18, número 3, setembro a dezembro de 2017.

PINHO, H. D. B. A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br. Acesso em: 23 maio 2022.

PINHO, H. D. B. A Releitura do Princípio do Acesso à Justiça e o Necessário Redimensionamento da Intervenção Judicial na Contemporaneidade. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 241-271, set.-dez., 2019.

PINHO, H. D. B. STANCATI, M. M. S. M. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 254, Abr/2016.

PINHO, H. D. B. Tutela jurisdicional colaborativa: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação, de Marcelo Mazzola. *Revista de Processo*, vol. 80, ano 43, p. 571-576. São Paulo. Ed. RT, junho 2018.

POSNER, R. *Economic Analysis of law*. Aspen Casebook Series. 9. ed. 2014.

PREGRAVE, A. B. A ação enquanto direito. repensando o exercício (leal) do direito de ação na atualidade: entre a pura abstração e responsável cooperação pré-processual. (palestra). UERJ. Rio de Janeiro, 31/03/2022.

QUINTANEIRO, T.; BARBOSA, M. L. O.; OLIVEIRA, M. G. M. Um toque de Clássicos: Marx, Durkheim, Weber. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

RAMOS NETO, N. P. Cooperação processual no CPC/2015: uma proposta de interpretação conforme a constituição. *Coluna ABDPRO*, agosto de 2020.

RELATÓRIO ICJBRASIL 2021. 2022. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/30922. Acesso em: 6 abr. 2022.

REVISTA BRASILEIRA DE ARBITRAGEM. Porto Alegre: Iob, v. 6, n. 23, set. 2009. Trimestral. Uma Pubicação da Iob e do Cbar - Comitê Brasileiro de Arbitragem. Disponível em: http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2021/07/Faleck-Design-sistemas-de-disputas.pdf. Acesso em: 4 abr. 2022.

ROGERS, N. H; BORDONE, R. C; SANDER, F.; MCEWEN, C. *Designing Systems and Processes for Managing Disputes*. New York: Wolters Kluwer, 2013

SALLES, C. A. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SALLES, C. A. O Consenso nos Braços do Leviatã: os caminhos do judiciário brasileiro na implantação de mecanismos adequados de solução de controvérsias. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 4, n. 3, 2018.

SANDER, F. Varieties of Dispute Processing. In.: LEVIN, L. A.; WHEELER, R. R. The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future. St. Paul Minnesota: West Publishing CO., 1979.

SANTOS, G. L. Q. B. Acesso à justiça e meios alternativos de resolução de conflitos. Revista Eletrônica de Direito Processual. VOL. X, n. 10, 2012.

SICA, H. V. M. Congestionamento viário e congestionamento judiciário - reflexões sobre a garantia de acesso individual ao poder judiciário. *Revista de Processo RePro*, outubro, 2014.

SILVA, P. C. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias. In: ZANETI JUNIOR, H.; CABRAL, T. N. X. (orgs.). *Justiça Multiportas*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

SILVA. P. E. A.; PARAVELA, T. C. "Algum Dia, Talvez, Se For O Caso…" - Frequência e Motivos para a Não Designação da Audiência do Artigo 334 Do CPC em Comarcas da Justiça Estadual Paulista. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 14, volume 2, número 3, 2020.

SMITH, S.; MARTINEZ, J. An analytic framework for dispute systems design. Harvard Negotiation Law Review, vol. 14, n. 123, Winter, 2009.

SOUSA, R. F. M. Por uma concepção Funcional da Jurisdição. *Revista ANNEP de Direito Processual*, vol 1, n. 2, julho-dezembro, 2020.

SOUSA, R. F. M. *A função jurisdicional adequada e a releitura do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB 88, art. 5º, XXXV)*.Tese (Doutorado), Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

SUSSKIND. R. B. Online Courts: Keynote address by Richard Susskind on the future of justice. [Video Conference] por Harvard Law School's Center on the Legal Profession. Novembro 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=X1oXoTr-aW8>. Acesso em: 09 fev. 2022.

TARTUCE, F.; BRANDÃO, D. Regras sobre autocomposição, mudança de mentalidade e aprimoramento de práticas judiciais. In: NETO, E. M. M. N.; MARCATO, A. C. M.; CASTRO, D. P.; TARTUCE, F.; COELHO, G. M. (orgs.). *Reflexões sobre os Cinco Anos de Vigência do Código de Processo Civil de 2015*: Estudos dos membros do Centro de Estudos Avançados de Processo. 1. ed. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB SP, 2021, v. 1, p. 319-331. Disponível em: www.fernandatartuce.com.br. Acesso em: 29 jan. 2022.

TARTUCE, F. Desnecessidade de tentativas consensuais prévias para configuração do interesse de agir. Coluna: Elas no processo. *Migalhas*, 2021. Disponível em: https://www .migalhas.com.br/coluna/elas-no-processo/356299/tentativas-consensuais-previas-para-configuracao-do-interesse-de-agir Acesso em: 05 abr. 2022.

TARTUCE, F. *Mediação de conflitos civis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Métodos. 2018.

TARUFFO, M. L'abuso Del Processo: Profili Comparatistici. *Revista de Processo*, Vol. 96, 1999.

TARUFFO, M. General Report. Abuse of Procedural Rights. Comaparative Standards of Procedural Fairness [w:] Abuse of procedural Rights. International Association of Procedural Law. *International Colloqium*, p. 27-30, 1998.

THALER, R.; SUSTEIN, C. *Nudge* – Improving decisions about health, wealth and happiness. Penguin, 2009.

TYLER, T. Governing pluralistic societies. in Law & Contemporary Problems. P. 187-192. 2009. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol72/iss2/15> Acesso em 11/07/2022.

URY, W. L.; BRETT, J. M.; GOLDBERG, S. B. *Getting Disputes Resolved*: Designing Systems to Cut the Costs of Conflict. Cambridge: PON Books, 1993.

WAMBIER, T. A. A. Mandatory mediation: is it the best choice? *Revista de Processo*, vol. 225, 2013.

WATANABE, K. Acesso à justiça e solução pacífica dos conflitos de interesses. In: ZANETI JUNIOR, H.; CABRAL, T. N. X. (orgs.). *Justiça Multiportas*. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

WORLD JUSTICE PROJECT. WJP Rule of Law Index 2021. 2021. Disponível em: https://worldjusticeproject.org/our-work/research-and-data/wjp-rule-law-index-2021. Acesso em: 4 abr. 2022.

ZANETI JUNIOR, H. *A Constitucionalização do Processo*: A Virada Do Paradigma Racional E Político No Processo Civil Brasileiro Do Estado Democrático Constitucional. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

ZANETI JUNIOR, H.; CABRAL, T. N. X. *Justiça Multiportas*. 2. Ed. Salvador: JusPodivm. 2018.