



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Jhones Ferreira da Silva

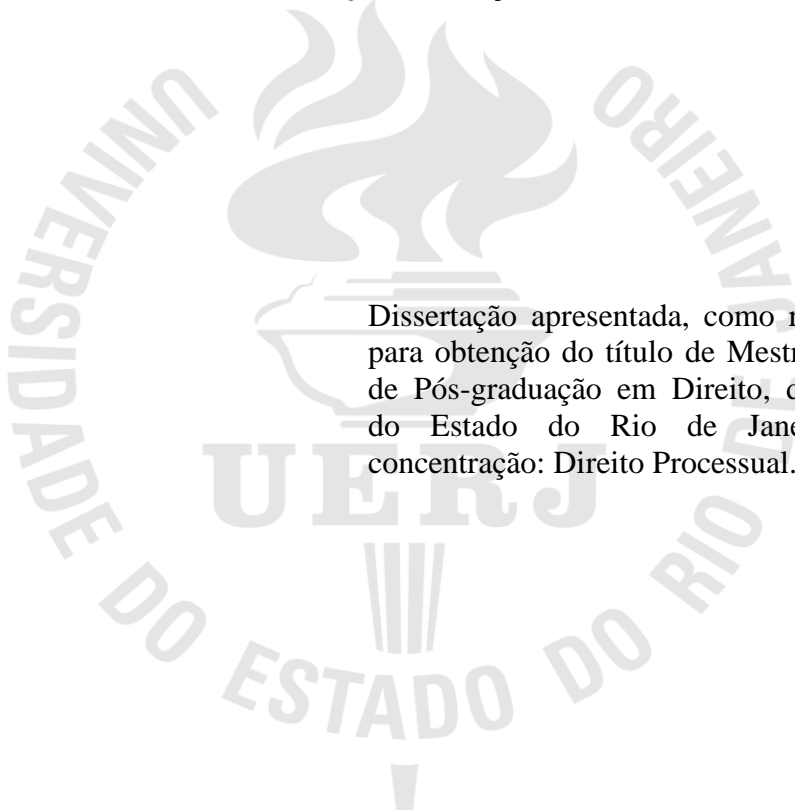
**A audiência de mediação sob as perspectivas da Análise Econômica do
Processo Civil e da Desjudicialização**

Rio de Janeiro

2023

Jhones Ferreira da Silva

A audiência de mediação sob as perspectivas da Análise Econômica do Processo Civil e da Desjudicialização



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. Carolina Tupinambá Faria

Rio de Janeiro

2023

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

S586 Silva, Jhones Ferreira da

A audiência de mediação sob as perspectivas da análise econômica do processo civil e da desjudicialização / Jhones Ferreira da Silva. - 2023. 106 f.

Orientadora: Prof.^a Dra. Carolina Tupinambá Faria.
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Mediação - Teses. 2. Análise econômica do processo civil - Teses. 3. Desjudicialização - Teses. I. Faria, Carolina Tupinambá. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.965.42

Bibliotecária: Fabiana das Graças Fonseca CRB7/6358

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

Assinatura

Data

Jhones Ferreira da Silva

A audiência de mediação sob as perspectivas da Análise Econômica do Processo Civil e da Desjudicialização

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 27 de março de 2023.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dra. Carolina Tupinambá Faria (Orientadora)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Fábio Rodrigues Gomes

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Ricardo Luiz Sichel

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2023

DEDICATÓRIA

Dedico o presente estudo à Luna. Minha amada filha que foi tão desejada por papai, mamãe, familiares e amigos que lhe mencionavam pelo nome, muitos anos antes de você nascer. Repetiria tudo, quantas vezes fosse necessário, para ver o seu sorriso, mesmo que fosse por apenas um dia em toda minha vida. Serei seu fiel amigo em todas as etapas de sua vida. Também, dedico ao Caio Vinícius que me permitiu, na qualidade de tio e padrinho, experimentar a pureza e a nobreza do amor de um pai para um filho.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por me abençoar e me proteger, diariamente, por me amparar nos momentos de angústia e por renovar, constantemente, a esperança em dias melhores na minha vida pessoal, profissional e acadêmica.

À minha mãe (Fátima) e ao meu pai (Wilson) que interromperam seus estudos, muito precocemente, para trabalhar e sobreviver, mas ensinaram a mim e aos meus irmãos que se dedicar aos estudos era o único caminho para mudar a nossa realidade de vida. À minha esposa (Luciana) por todo o comprometimento para realizarmos o nosso maior sonho (Luna) e dedicação a nossa filha, enquanto eu elaborava a dissertação, principalmente nos últimos meses. Aos meus irmãos e amigos por me incentivarem a permanecer com fé na minha caminhada.

À minha orientadora, Carolina Tupinambá, por todas as instruções durante a elaboração da dissertação, bem como pela gentileza e empatia em compreender que realizei o mestrado em um momento importante da minha vida pessoal, permitindo que eu tivesse a serenidade necessária para desenvolver o presente estudo.

Às Professoras Márcia Duarte e Flávia Hill pelos ensinamentos, pela gentileza e por me oportunizarem ter o primeiro contato com a Análise Econômica do Processo Civil e a Desjudicialização, respectivamente.

Às minhas amigas Camila Moore e Raissa Dacal pela parceria profissional e acadêmica, tendo me auxiliado na pesquisa bibliográfica e revisão do texto da dissertação.

RESUMO

SILVA, Jhones Ferreira da. *A audiência de mediação sob as perspectivas da Análise Econômica do Processo Civil e da Desjudicialização*. 2023. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

O presente estudo pretende investigar os motivos que impediram a audiência de mediação obrigatória do Procedimento Comum ter o nível de êxito almejado na redução da quantidade de ações judiciais e da morosidade do Poder Judiciário. Com a devida inserção da mediação na concepção contemporânea de acesso à justiça na qualidade de método adequado de solução de conflitos, buscou-se compreender as suas características principais, partindo da evolução histórica da mediação no direito comparado e no ordenamento jurídico brasileiro que culminou em atos normativos do Conselho Nacional de Justiça específicos para fomentar a mediação, no protagonismo da mediação no Código de Processo Civil de 2015 e, em especial, na Lei da Mediação. Em seguida, houve a necessidade de se aprofundar na análise econômica do processo civil, notadamente em sua divergência de entendimento sobre a cooperação com a literatura clássica do processo civil que criou deveres de cooperação que, apesar de contribuírem para concretização de garantias fundamentais do processo como o contraditório e a ampla defesa, podem impedir que a cooperação alcance a sua finalidade normativa que é uma decisão de mérito justa, efetiva e em tempo razoável. Nesse sentido, a análise econômica do processo civil comprova, com fundamento na teoria dos jogos, que a cooperação não se restringe a um fenômeno jurídico, sendo precipuamente um fenômeno natural relevante para compreensão da sociedade, o que pode ter contribuído para o aumento tímido das taxas de acordo com base no relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, apesar de 7 (sete) anos de vigência do Código de Processo Civil atual. Por derradeiro, aproveitando-se do desenvolvimento da desjudicialização, no contexto de descentralização do Poder Judiciário e de redimensionamento do acesso à justiça, constata-se que a mediação nas serventias extrajudiciais e a mediação e a conciliação pré-processuais possuem potencial de contribuir com a redução das taxas de congestionamento do Poder Judiciário, inclusive por utilização de ferramentas tecnológicas, preservando a relevância e o prestígio da mediação.

Palavras-chave: Mediação. Análise econômica do processo civil. Desjudicialização.

ABSTRACT

SILVA, Jhones Ferreira da. *The mediation hearing from the perspectives of Economic Analysis of the Civil Procedure and Justice Beyond Courts*. 2023. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

This study is intended to approach the reasons that prevented the mediation hearing, required in the standard procedure, to achieve the success of reducing the amount of legal proceedings and of implementing the speedy trial guarantee in the Judiciary. With the insertion of the mediation in the modern concept of access to justice as an appropriate form of dispute resolution, it was sought to understand its main characteristics, from the historical development of the mediation in the Comparative Law study and from the Brazilian legal order, that culminated in the National Council of Justice's regulatory acts enacted to instigate the mediation, in the mediation's protagonism in the Civil Procedure Code of 2015 and, in particular, in the Mediation Law. Subsequently, it was needed to develop the economic analysis of the civil procedure, notably about its concept of cooperation that differs from the classic civil procedure jurists' understanding, that created cooperation duties that, even though contribute to the realization of civil procedure fundamental guarantees, as the adversary system and full defense, can prevent the cooperation from achieving its normative purpose, that is, a fair and effective decision on the merits, within a reasonable time. That way, economic analysis of the civil procedure proves, based on the game theory, that the cooperation is not restricted to a legal phenomenon, and it is, essentially, a natural and relevant phenomenon to comprehend the society, that may have contributed to a minor increase of the settlement rate, based on the National Council of Justice's report Justice in Numbers, although the 7 (seven) years of validity of the current Civil Procedure Code. At last, seizing the justice beyond courts phenomenon's development, in the context of the decentralization of the Judiciary and resizing of the access to justice, it is noted that the mediation in the notary offices and the mediation and the conciliation pre-trial can contribute with the downsizing of the Judiciary's congesting rate, including by the use of technological tools, preserving the relevance and the prestige of the mediation.

Keywords: Mediation. Economic analysis of the civil procedure. Justice beyond courts.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CEJUSC	Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
CPC	Código de Processo Civil de 2015
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
MEC	Ministério da Educação
NUPEMEC	Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TJES	Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	09
1	MEDIAÇÃO.....	12
1.1	Evolução da mediação.....	15
1.2	Aspectos gerais da mediação.....	18
1.3	Espécies de conflitos e a mediação.....	23
1.4	A audiência de conciliação ou de mediação no CPC vigente e a audiência preliminar no CPC/73.....	26
2	MEDIAÇÃO E A ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO CIVIL.....	33
2.1	A boa-fé e a cooperação no processo civil.....	35
2.2	A cooperação na análise econômica do processo civil e nas ciências naturais.....	42
2.3	Métodos adequados de solução de conflitos e análise econômica do processo civil.....	55
3.	MEDIAÇÃO E A DESJUDICIALIZAÇÃO.....	67
3.1	Desjudicialização.....	67
3.2	Mediação nas serventias extrajudiciais.....	75
3.2.1	<u>Mediadores, partes e advogados.....</u>	77
3.2.2	<u>Objeto, procedimento e custos.....</u>	83
3.3	Mediação e Conciliação Pré-Processual.....	89
	CONCLUSÃO.....	100
	REFERÊNCIAS.....	102

INTRODUÇÃO

Com a devida alusão a Rui Barbosa, “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”¹. Não obstante ter sido proferida há mais de um século, essa frase é atemporal, pois a sociedade, os advogados e os magistrados permanecem almejando uma decisão de mérito justa, efetiva e em tempo razoável. É indene de dúvidas que os princípios constitucionais possuem relevante papel para que a percepção quase uníssona da sociedade sobre a morosidade do sistema de justiça brasileiro possa ser modificada, no futuro. Neste contexto, encontram-se os princípios constitucionais de acesso à justiça e da duração razoável do processo que foram, expressamente, inseridos no Código de Processo Civil vigente na qualidade de normas fundamentais do processo civil.

As últimas reformas no Código de Processo Civil de 1973 que visavam a propiciar a redução da quantidade de ações judiciais através de mecanismos que buscavam efetivar a celeridade processual, inclusive na atividade satisfativa, não surtiram o efeito desejado, notadamente porque eram dependentes do processo judicial, demonstrando que o equívoco estava na premissa, por analogia, em pretender combater a doença, em vez de adotar medidas eficazes para prevenção da doença.

Ao se verificar que o Poder Judiciário não possui a capacidade, isoladamente, de garantir uma prestação jurisdicional efetiva e célere, a literatura do processo civil (em um primeiro momento), a legislação e o próprio Poder Judiciário (em um segundo momento) buscaram encontrar métodos adequados de solução de conflitos visando a redução da quantidade de ações judiciais e a pacificação social, dentre os quais se destaca a mediação. Portanto, criou-se um arcabouço jurídico profícuo ao desenvolvimento da mediação no Brasil, merecendo destaque a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Código de Processo Civil de 2015 e a Lei da Mediação que compõem o marco teórico do presente estudo.

Diante da criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) pelos tribunais brasileiros, em decorrência de determinação expressa da Resolução nº 125/2010 do CNJ, e aproveitando-se do cenário de uma nova legislação processual civil com o advento de alguns institutos jurídicos, acreditou-se que uma audiência de mediação obrigatória como segunda etapa do Procedimento Comum possuiria o condão de solucionar a

¹ BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5 ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1977.

taxa de congestionamento do Poder Judiciário, bem como tornaria os cidadãos mais dispostos a celebrar acordos judiciais. Contudo, esse desiderato não foi alcançado por diversos fatores extraprocessuais e endoprocessuais, conforme tem demonstrado o Relatório Justiça em Números do CNJ, nos últimos anos.

Com o intuito de compreender a resistência dos jurisdicionados para celebração de acordo judicial ou extrajudicial, a análise econômica do processo civil assevera que a cooperação não se restringe a um fenômeno jurídico, sendo precipuamente um fenômeno natural relevante para a evolução da Humanidade. Nesse sentido, com fundamento na teoria dos jogos, é destacado que o ser humano possui uma tendência natural em não ser cooperativo, ao menos em um momento inicial, possuindo uma dificuldade de compreender que a conduta cooperativa é mais benéfica e eficiente para ambas as partes, em diversos casos.

Por outro lado, a partir do momento em que se percebe que determinada circunstância repetir-se-á no futuro, há um aumento da possibilidade de as partes envolvidas atuarem de modo cooperativo e mais eficiente. É esse aspecto do fenômeno natural da cooperação que a análise econômica do processo civil pretende aplicar no sistema de justiça brasileiro, principalmente na relação entre os litigantes habituais e o Poder Judiciário para que, com receio de eventual retaliação no presente ou no futuro, os litigantes habituais comecem a agir de modo mais cooperativo, tendo em vista que possuem uma relação de continuidade com o Poder Judiciário.

Para tanto, recomenda-se a implementação de incentivos normativos (*payoffs*) que se revelam, em sua maioria, como medidas de natureza pecuniária para que o jurisdicionado realize uma reflexão profunda sobre a real necessidade de uma ação judicial, valendo-se do Poder Judiciário apenas nos casos que sejam efetivamente necessários, bem como que, após adentrar no Poder Judiciário, se comporte de modo cooperativo a fim de alcançar uma decisão de mérito justa, efetiva e em tempo razoável.

Importante destacar, ainda, que a literatura da análise econômica do processo civil não se coaduna com os deveres de cooperação criados pela literatura clássica do processo civil por entender que o artigo 6º do Código de Processo Civil não é capaz, por si só, de fundamentá-los, sendo possível concluir ainda que, em verdade, os deveres de cooperação criados pela literatura clássica do processo civil atentam contra a própria finalidade da norma, não permitindo a obtenção de uma decisão de mérito justa, efetiva e em tempo razoável.

Dentre algumas questões relevantes, a análise econômica do processo civil demonstra que o acerto ou o equívoco da decisão final não decorre da participação desmedida das partes. Isso porque, apesar de poder contribuir com o magistrado na fixação dos pontos

controvertidos da demanda e nas teses jurídicas aplicadas ao caso concreto, a participação das partes, a partir de um determinado momento, apenas posterga em demasia uma decisão final de mérito que, por não ser proferida ou confirmada em tempo razoável, possui grandes chances de não ser efetiva e, por conseguinte, não poderá ser considerada justa. Portanto, é necessário equalizar os princípios do contraditório e da ampla defesa com os princípios da celeridade processual e da efetivação das decisões judiciais.

Destarte, em razão da complexidade da cooperação tanto na sua acepção natural quanto jurídica, se torna imperiosa, para além da necessidade de implementação de incentivos normativos (*payoffs*), a busca de mecanismos que tenham a capacidade de aprimorar a aplicação dos métodos adequados de solução de conflitos e não possuam uma relação de dependência com o processo judicial e, por conseguinte, com o Poder Judiciário.

Nesse contexto, encontra-se o fenômeno da desjudicialização que é resultado do redimensionamento do acesso à justiça e pretende a descentralização de medidas que outrora se circunscreviam ao Poder Judiciário, permitindo que as serventias extrajudiciais participem da prestação jurisdicional. Os procedimentos desjudicializados estão evoluindo, significativamente, nas últimas 2 (duas) décadas, sendo que sua principal característica é viabilizar de forma mais célere e menos burocrática, sem olvidar de obedecer às garantias fundamentais atinentes ao devido processo legal extrajudicial, a solução de casos que, em virtude da existência de um consenso, o Poder Judiciário se restringiria a declarar a vontade entre as partes.

Considerando o escopo do presente estudo, merece destaque o Provimento nº 67/2018 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que regulamentou a mediação e a conciliação nas serventias extrajudiciais. Não obstante essa iniciativa mereça ser enaltecida, verificar-se-á que esse ato normativo possui alguns aspectos que precisam ser aprimorados, além da necessidade de um maior comprometimento dos tribunais estaduais brasileiros com a mediação e a conciliação nas serventias extrajudiciais, notadamente na realização de curso de formação de mediadores e conciliadores, bem como na fixação de emolumentos que sejam compatíveis com a relevância da mediação para o sistema de justiça brasileiro.

Por derradeiro, será demonstrado que a mediação e a conciliação pré-processuais podem contribuir, em harmonia com a mediação e a conciliação nas serventias extrajudiciais, na redução da quantidade de ações judiciais no Brasil, notadamente se houver um avanço legislativo acerca dos parâmetros de análise do interesse processual no sentido de se exigir uma tentativa prévia de solução extrajudicial do conflito como condição da ação judicial. Neste aspecto, é forçoso investigar se haveria um aumento das barreiras de acesso à justiça

para, ao final, verificar se uma audiência de mediação obrigatória é a melhor solução tanto para reduzir a taxa de congestionamento do Poder Judiciário quanto para o desenvolvimento da mediação.

1. MEDIAÇÃO

A mediação é um dos métodos adequados se solução de conflitos em que as partes exercem sua autonomia da vontade com o auxílio de um facilitador de diálogos imparcial e tecnicamente capacitado na busca da solução pacífica de um conflito de interesses através da construção de um acordo pelas próprias partes que propicie benefício mútuo.

Não obstante os métodos de resolução de disputas, inclusive a mediação, existirem há séculos, a retomada e potencialização da mediação está inserida em um contexto de altas taxas de congestionamento do Poder Judiciário que inviabiliza a prestação jurisdicional estatal de modo célere e efetivo.

Em virtude da maior complexidade das relações jurídicas decorrente do crescimento populacional, avanços tecnológicos e globalização, restou evidente que o Poder Judiciário não pode exercer o monopólio da prestação jurisdicional, independentemente de investimentos em estrutura física, tecnologia e capital humano, não sendo demasiado recordar que a evolução contínua da sociedade precede o desenvolvimento do ordenamento jurídico. Ressalte-se que o aumento da complexidade das relações jurídicas não é recente, conforme destacou Kazuo Watanabe, em 1988².

Contudo, o Estado não pode desistir de aprimorar a prestação jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário, sendo necessária a adoção de medidas coordenadas pelos setores públicos e privados com participação efetiva da própria sociedade³. Ocorre que existe uma

² “A sociedade moderna assume uma complexidade cada vez maior [...]. A piorar tudo isso tem-se, ainda, a incrível velocidade em que se processam as transformações sociais no mundo contemporâneo, cuja percepção foge até mesmo ao segmento mais instruído da sociedade”. WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 131.

³ “É claro que não se pode simplesmente desatrelar a jurisdição do Estado, até porque, em maior ou menor grau, a dependência do Estado existe, principalmente para se alcançar o cumprimento da decisão não estatal. Por outro lado, podemos pensar no exercício dessa função por outros órgãos do Estado ou por agentes privados”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade. In: *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ*. Vol. 21, nº 3, set./dez. 2019, p. 248. Disponível em:

cultura de judicialização em que a sociedade pretende se eximir da consciência dos seus atos e da responsabilidade de suas decisões, acreditando que o Poder Judiciário é o único com capacidade de resolver os conflitos de interesses e estabelecer o que é certo ou errado.

Em sua obra “Judiciário como superego da sociedade”, Ingeborg Maus realiza uma análise crítica sobre o aumento do âmbito de atuação do Poder Judiciário que, inobstante as reflexões apresentadas acerca da moral e do controle de constitucionalidade das leis, decorre de um estímulo social de delegação coletiva de tomada de decisões para o Poder Judiciário sobre atos da vida cotidiana⁴, em substituição a orientação paterna que deveria existir apenas enquanto o indivíduo está em fase de construção de sua própria consciência.

Verifica-se, portanto, que há um equívoco de compreensão sobre a própria finalidade do Poder Judiciário, tendo em vista que a sociedade almeja, por meio das ações judiciais, a solução de problemas complexos que transcendem o caso concreto (por exemplo, educar as partes que compõem a demanda) e, por conseguinte, não são de competência do Poder Judiciário. Os cidadãos precisam ser protagonistas na construção de uma solução pacífica para os seus conflitos de interesses, em vez de delegar a um terceiro que, ao final, pode proferir uma decisão que desagrade ambas as partes.

Essa busca incessante pelo Poder Judiciário não está adstrita aos jurisdicionados, mas também aos próprios operadores do direito. A formação acadêmica dos advogados, magistrados, defensores públicos e promotores é direcionada à solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses, merecendo destacar que apenas, em 2019, os métodos adequados de solução de conflitos (conciliação, mediação e arbitragem) se tornaram disciplinas obrigatórias nas grades curriculares dos cursos de direito de todo o país, nos termos da Parecer CNE/CES nº 635/2018 da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação, homologado pela Portaria nº 1.351/2018 do Ministério da Educação (MEC)⁵.

Ao sugerir a transformação da cultura da sentença para a cultura de pacificação, Kazuo Watanabe assevera que a mentalidade desenvolvida na formação acadêmica de outrora e

<https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_241.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2022.

⁴ “A expectativa de que a Justiça possa funcionar como instância moral não se manifesta somente em pressuposição de cláusulas legais, mas também na permanência de uma certa confiança popular [...]. O infantilismo da crença na Justiça aparece de forma mais clara quando se espera da parte do Tribunal Federal Constitucional alemão (TFC) uma retificação da própria postura em face das questões que envolvem a cidadania”. MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. In: *Novos Estudos*, CEBRAP, nº 58, novembro 2000, p. 190.

⁵ Portaria nº 1.351/2018 do Ministério da Educação (MEC). Disponível em:

<<http://portal.mec.gov.br/docman/outubro-2018-pdf-1/100131-pces635-18/file>>. Acesso em: 15 fev. 2023.

consolidada na prática forense fazia com que parte dos magistrados preterissem os métodos adequados de solução de conflitos em decorrência de uma compreensão equivocada sobre o escopo da prestação jurisdicional por não vislumbrarem que “a função jurisdicional consiste, basicamente, em pacificar com justiça os conflitantes”⁶.

No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco assevera que o mais relevante na atividade jurisdicional “é a busca da pacificação das pessoas e grupos mediante a eliminação de conflitos que os envolvam”, concluindo que, sob a perspectiva teleológica do sistema processual, há uma “equivalência funcional” entre a pacificação social decorrente da prestação jurisdicional estatal e os métodos adequados de solução de conflitos como a arbitragem, a conciliação e a mediação⁷.

Em paralelo, por meio do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do próprio Poder Judiciário, o Estado deve propiciar meios para que a sociedade conheça os métodos adequados de solução de conflitos e acredite que esses métodos são mais eficazes e eficientes, notadamente sob à ótica de preservação da relação jurídica e restabelecimento de vínculos.

A sociedade precisa compreender que não se trata de uma substituição impositiva e infundada do Poder Judiciário pela mediação, conciliação ou arbitragem, mas de uma racionalização na distribuição da justiça, desvinculando-a do Poder Judiciário, a depender do caso concreto, para benefício da própria sociedade, conforme destacado por Ada Pellegrini Grinover⁸.

Nos idos de 1988, Kazuo Watanabe aconselhava buscar meios para viabilizar o acesso à uma ordem jurídica mais justa, asseverando que o acesso à justiça não deveria ser compreendido nos limites do Poder Judiciário, sendo necessária uma “nova postura mental” compatível com a realidade socioeconômico-política do país. Nesse contexto, destacou-se que

⁶ “Há mesmo, o que é lastimável, um certo preconceito contra esses meios alternativos, por sentirem alguns juízes que seu poder ficará comprometido se pessoas não pertencentes ao Poder Judiciário puderem solucionar os conflitos de interesses. E há, ainda, a falsa percepção de que a função de conciliar é atividade menos nobre, sendo a função de sentenciar a atribuição mais importante do juiz. Não percebem os magistrados que assim pensam que a função jurisdicional consiste, basicamente, em pacificar com justiça os conflitantes, alcançando por via de consequência a solução do conflito”. WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 686.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Volume 1. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 215.

⁸ “Trata-se de buscar a racionalização na distribuição da Justiça, com a subsequente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos institucionalizados que buscam a autocomposição”. GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: *Revista da Escola Nacional de Magistratura*. v. 2, n. 5, abr. 2008, p. 24. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21448/fundamentos_justica_conciliativa.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2023.

o direito de acesso à justiça necessita de uma “Justiça adequadamente organizada” que atenda as peculiaridades dos conflitos⁹.

1.1. Evolução da mediação

A literatura especializada é uníssona em asseverar que o momento disruptivo para mediação, em sua acepção moderna, foi a *Pound Conference*, realizada em 1976, em que Frank Sander (professor de Havard) apresentou o célebre discurso “*Varieties of Dispute Processing*” (Variedades de Processos de Resolução de Disputas).

Ocorre que, o conflito é inerente ao convívio humano e social, existindo peculiaridades em cada cultura e momento histórico para solucioná-lo. Muito antes dos métodos adequados de solução de conflitos (em inglês, *Alternative Dispute Resolution – ADR*) como concebidos atualmente, a Humanidade resolvia seus conflitos de formas diversas, não se restringindo a autotutela ou adjudicação. Dentre os diversos países, culturas e momentos históricos que podem remontar à época de Jesus Cristo, é possível mencionar a utilização da mediação, há séculos, na China e no Japão em que se buscava a solução de disputas através da moral, em vez da coerção. Nos Estados Unidos, a mediação foi utilizada no desenvolvimento da justiça comunitária durante a colonização a fim de unir esforços em face da Inglaterra e na resolução de conflitos trabalhistas no início da industrialização norte-americana, tendo o Congresso americano criado o Departamento de Trabalho e instituído a mediação pela Secretaria de Trabalho, em 1931, em decorrência da coletivização dos conflitos.

Quanto aos estudiosos no tema, diante da multidisciplinaridade intrínseca aos métodos de resolução de disputas, Mary Parker Follet (cientista política norte-americana) demonstrou, no início do século XX, que os conflitos poderiam ser solucionados através da dominação,

⁹ “A multiplicidade de conflitos de configurações variadas reclama, antes de mais nada, a estruturação da Justiça de forma a corresponder adequadamente, em quantidade e qualidade, às exigências que tais conflitos trazem [...]. Conflitos há, mormente aqueles que envolvem pessoas em contato permanente, como nas relações jurídicas continuativas (v.g., relações de vizinhança, de família, de locação), para os quais a mediação e a conciliação são adequadas, pois não somente solucionam os conflitos como têm a virtude de pacificar os conflitantes”. WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 132.

compromisso ou integração¹⁰. Ademais, destaca-se Lon Fuller (professor de Havard) que, na metade do século XX, elaborou diretrizes para comprovar que os métodos de resolução de disputas possuem propósitos distintos, existindo um “pluralismo de processos”, sendo a mediação recomendada para relações continuadas em que as partes precisam, por si próprias, encontrar uma solução para o seu conflito de interesses a fim de restabelecer vínculos, em vez da intervenção de um terceiro que profira uma decisão impositiva.

Assim sendo, a partir da *Pound Conference*, houve a retomada e potencialização da mediação, e não o seu surgimento. Apesar de algumas tentativas de desenvolvimento dos métodos de resolução de disputas nos Estados Unidos durante o século XX, Frank Sander se destacou ao propor que os “tribunais estatais não poderiam ter apenas uma porta de recepção de demandas”, razão pela qual recomendou que deveria ser utilizada uma variedade de processos de resolução de disputas (mediação, conciliação e arbitragem) a depender do caso concreto. Essa proposta foi acolhida pela Suprema Corte dos Estados Unidos e por movimentos sociais, resultando em iniciativas no setor público e, posteriormente, no setor privado¹¹.

No âmbito da União Europeia, merece destaque a Diretiva nº 52 emitida pelo seu Conselho, em 21.05.2008, em que a mediação foi definida como “um processo estruturado na qual duas ou mais partes em litígio tentam, voluntariamente, alcançar por si mesmas um acordo sobre a resolução de seu litígio, com a ajuda de um mediador”¹².

No Brasil, Kazuo Watanabe destaca que o artigo 161 da Constituição do Império (1824) dispunha que “sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não começará processo algum”¹³. Na Constituição Federal de 1988, o preâmbulo faz alusão à solução pacífica das controvérsias¹⁴. Ademais, o artigo 4º, inciso VII, da Constituição Federal

¹⁰ “A dominação pressupõe a imposição por uma parte de suas pretensões à outra, enquanto o compromisso pressupõe que as partes abram mão de elementos que valorizam para chegar a um acordo “no meio do caminho”; já a integração pressupõe o manuseio do conflito de uma forma positiva com a criação de novas opções e valores para atender aos objetivos, às necessidades e às vontades das partes”. FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. In: Armando Sérgio Prado de Toledo; Jorge Tosta; José Carlos Ferreira Alves. (Org.). *Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 173.

¹¹ FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. In: Armando Sérgio Prado de Toledo; Jorge Tosta; José Carlos Ferreira Alves. (Org.). *Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 177.

¹² CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A Evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil. In: *Revista do Fórum Nacional da Mediação e Conciliação – FONAMEC*. Rio de Janeiro, vol. 1, n. 1, maio 2017, p. 371.

¹³ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 686.

¹⁴ Preâmbulo da Constituição Federal de 1988: “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

vigente dispõe que, em suas relações internacionais, o Brasil reger-se-á pelo princípio da solução pacífica dos conflitos. Apesar de a conciliação ter sido difundida há algumas décadas tanto no Procedimento Ordinário (art. 331 do CPC/73) quanto nos Juizados Especiais Cíveis (art. 21 da Lei nº 9.099/95), a mediação carecia de arcabouço jurídico próprio para ser, efetivamente, implementada no ordenamento jurídico brasileiro.

Houve algumas tentativas de institucionalizar e disciplinar a mediação no Brasil, como método de prevenção e solução consensual de conflitos, sendo que a primeira proposta foi o Projeto de Lei nº 4.827/1998, em 10.11.1998, que foi sucedido por outros Projetos de Lei até a aprovação da Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015) pelo Plenário do Senado Federal em 02.06.2015, iniciando sua vigência em 26.12.2015. Em paralelo, o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) alçou a mediação ao status de norma fundamental do processo civil, disciplinou a mediação judicial e extrajudicial de forma detalhada e estabeleceu a audiência de conciliação ou de mediação no início do Procedimento Comum, o que foi abordado em sua Exposição de Motivos¹⁵.

Importante ressaltar que, antes da Lei da Mediação e do Código de Processo Civil de 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 125/2010 que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. O Conselho Nacional de Justiça criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 contribuiu, expressivamente, para o desenvolvimento da mediação no Brasil.

Isso porque, em sua redação original, os artigos 1º, par. único, e 8º, § 4º, da Resolução nº 125/2010 do CNJ determinavam que os órgãos judiciários deveriam oferecer mecanismos de solução de controvérsias, em especial a mediação e a conciliação, aos jurisdicionados, bem como que os tribunais deveriam criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) para realização e gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação, no prazo de 12 (doze) meses.

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”. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 fev. 2023.

¹⁵ Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015: “Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz. Como regra, deve realizar-se audiência em que, ainda antes de ser apresentada contestação, se tentará fazer com que autor e réu cheguem a acordo. Dessa audiência poderão participar conciliador e mediador, e o réu deve comparecer, sob pena de se qualificar sua ausência injustificada como ato atentatório à dignidade da justiça. Não se chegando a acordo, terá início o prazo para a contestação”. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 7. Ed. Senado Federal, p. 31. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2023.

Não obstante a relevância da Resolução nº 125/2010 do CNJ, foi necessário um aprimoramento, tendo em vista que, em sua redação original, as sessões de mediação ou conciliação se restringiam a estrutura do Poder Judiciário. Em 2016, foi prevista a possibilidade das Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação realizarem sessões de mediação ou conciliação incidentes a processo judicial, desde que cadastradas no Tribunal respectivo ou no Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores (art. 12-C da Resolução nº 125/2010 do CNJ, incluído pela Emenda nº 2 de 08.03.16).

Ato contínuo, em decorrência de disposições previstas no Código de Processo Civil (artigos 175 e 694) e na Lei da Mediação (notadamente, artigos 9º, 21, 22, 23 e 42) houve mais um avanço significativo a fim de disciplinar a mediação no âmbito extrajudicial. Em seguida, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 67/2018 que dispõe sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil que será abordado no terceiro capítulo do presente estudo.

Por derradeiro, é necessário realizar uma breve digressão para esclarecer que, antes dessa profusão legislativa, a mediação estava restrita às universidades e era preterida por setores da sociedade, inclusive pelo próprio Poder Judiciário, que consideravam a mediação uma questão, exclusivamente, teórica¹⁶. Contudo, após a criação do Conselho Nacional de Justiça, despertou-se o interesse por dados estatísticos que evidenciou as altas taxas de congestionamento e a crise do sistema de justiça brasileiro, momento em que os diversos estudos sobre mediação começaram a ser aplicados na prática com um protagonismo do Poder Judiciário através do Conselho Nacional de Justiça.

1.2 Aspectos gerais da mediação

¹⁶ “De fato, a Academia foi a primeira voz, no Brasil, a sustentar a adoção da mediação, uma das espécies de MASC, como o meio mais adequado para a solução dos litígios envolvendo sujeitos que possuam, entre si, relação pretérita, seja de ordem comercial, familiar, profissional, comunitária etc. No entanto, em um primeiro momento, o clamor da Academia não ressoou junto às instituições públicas, especialmente o Poder Judiciário e o Ministério da Justiça, ficando a mediação quase que circunscrita às discussões eminentemente teóricas. Faltava-lhe apoio institucional de diferentes segmentos, a fim de que pudessem ser instituídas políticas de fomento e adoção concreta da mediação como método de solução dos conflitos”. HILL, Flávia Pereira. Mediação nos Cartórios Extrajudiciais: desafios e perspectivas. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume 19. Set-Dez 2018, p. 298. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/39175/27450>>. Acesso em: 17 jan. 2023.

A mediação pode ser considerada o método adequado de solução de conflitos mais complexo de ser utilizado, tendo em vista que a sua finalidade não se restringe aos aspectos objetivos do conflito de interesses, sendo certo que os aspectos subjetivos possuem igual ou maior importância do que os aspectos objetivos. É essa análise exauriente do conflito que confere a mediação o enorme potencial de pacificação social, pois existe a possibilidade de as partes envolvidas replicarem a experiência de uma mediação de qualidade nos futuros atos da sua vida cotidiana, evitando-se novos conflitos de interesses.

Para tanto, é imprescindível a presença de um mediador ou uma mediadora que tenha, efetivamente, estudado as técnicas de mediação para conseguir extrair das partes envolvidas as verdadeiras motivações do conflito interesses. Márcia Duarte destaca que, em virtude de a mediação ser um método de solução de conflitos não adversarial, é necessário “separar pessoas do problema, concentrar nos interesses e não nas posições” para alcançar uma solução que beneficie todos os envolvidos no conflito através de critérios objetivos¹⁷. Um mediador não capacitado pode transformar a audiência de mediação em uma audiência de conciliação que, inobstante a sua indiscutível relevância, pode frustrar as expectativas dos jurisdicionados, se o caso concreto não for adequado para conciliação, e essa experiência negativa reverberar perante a sociedade, desprestigiando o instituto da mediação¹⁸.

No mesmo sentido, é indispensável que os advogados das partes possuam conhecimento sobre mediação. Por ser de confiança das partes, o advogado pode esclarecer as principais características da mediação, em especial, a necessidade de construção de um acordo que beneficie ambas as partes, e não que uma parte seja mais favorecida do que a outra.

Ademais, o advogado é essencial para confirmar com o seu cliente se eventual proposta de acordo é, efetivamente, factível a fim de evitar o seu descumprimento e a perpetuação do conflito de interesses. Não obstante a sua relevância, a participação do advogado é facultativa na mediação extrajudicial (art. 10 da Lei da Mediação), mas é obrigatória na mediação judicial (art. 26 da Lei da Mediação e art. 334, § 9º, do CPC).

O mediador desempenha uma função, extremamente, relevante na mediação, existindo diversas disposições na Lei da Mediação destinadas ao mediador judicial e extrajudicial. O mediador poderá ser escolhido pelas partes ou indicado pelo tribunal e está sujeito às regras

¹⁷ DUARTE, Márcia Michele Garcia. A sanção pedagógica e os aspectos éticos e morais da consensualidade: em busca da efetividade do modelo multiportas. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume 22. Set-Dez 2021, p. 688. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/62268/39107>>. Acesso em: 05 jan. 2023.

¹⁸ “Com efeito, se as audiências forem feitas por servidores, estagiários ou voluntários, indicados pelo juiz ou pelo tribunal sem a prévia e devida capacitação, certamente poderá comprometer qualitativamente a função da norma”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A Evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil. In: *Revista do Fórum Nacional da Mediação e Conciliação – FONAMEC*. Rio de Janeiro, vol. 1, n. 1, maio 2017, p. 379.

de impedimento e de suspeição do juiz, devendo revelar às partes, assim como ocorre com os árbitros no procedimento de arbitragem, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito (artigos 4º e 5º da Lei nº 13.140/2015). O dever de revelação precisa ser exercido, antes da aceitação da função, a fim de permitir que as partes manifestem oposição à pessoa designada para atuar como mediador¹⁹.

Em virtude da confidencialidade que é um dos princípios da mediação (artigos 2º, inciso VII, da Lei da Mediação), é vedado ao mediador assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes no período de 1 (um) ano, a partir da última audiência que participou, bem como atuar como árbitro ou testemunha em processos arbitrais ou judiciais pertinentes a conflito em que tenha participado como mediador (artigos 6º e 7º da Lei da Mediação).

Os requisitos necessários para atuar como mediador judicial e mediador extrajudicial são distintos. Além de ser uma pessoa capaz, o mediador judicial necessita de graduação em curso de ensino superior, há pelo menos 2 (dois) anos, e ter realizado curso de capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, enquanto o mediador extrajudicial pode ser qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer a mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação (artigos 9º e 11 da Lei da Mediação).

No exercício de facilitador de diálogo, o mediador precisa obter a confiança das partes para que a audiência de mediação possa ser desenvolvida de forma produtiva, o que não é uma tarefa fácil. Para tanto, o mediador deve ficar atento ao diálogo entre as partes e se valer das técnicas de mediação, do início ao fim do procedimento, para que, inobstante o protagonismo das partes, possa ter um nível satisfatório de controle da audiência de mediação.

É recomendável que o mediador apresente às partes, no início do procedimento de mediação, breves esclarecimentos sobre a mediação, inclusive porque não é possível prever o nível de experiência dos advogados com a mediação. Neste momento, o mediador deve destacar a confidencialidade do procedimento de mediação, a necessidade de escuta ativa e de cordialidade entre as partes, bem como a possibilidade de o mediador se reunir com as partes, em separado, e de encerramento do procedimento de mediação a qualquer tempo, seja por

¹⁹ “Com efeito, o mediador deve estar livre de qualquer tipo de influência ou pressão. A sua transparência é fundamental, cabendo-lhe desnudar alguma situação que possa desabonar ou contaminar futuramente o procedimento. Na verdade, esse dever de *disclosure* é vetor estruturante da própria mediação, pois, sem independência e imparcialidade, a participação do mediador perde a razão de ser”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. MAZZOLA, Marcelo. *Manual de Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 132.

declaração do mediador no sentido de não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por manifestação das partes (artigos 14, 19 e 20 da Lei da Mediação).

As características principais da mediação decorrem dos princípios, expressamente, previstos no artigo 2º da Lei da Mediação: i) imparcialidade do mediador; ii) isonomia entre as partes; iii) oralidade; iv) informalidade; v) autonomia da vontade das partes; vi) busca do consenso; vii) confidencialidade; viii) boa-fé. Os princípios da boa-fé e da busca pelo consenso serão abordados no contexto da análise econômica do processo civil, no próximo capítulo.

A imparcialidade deve nortear a atuação do mediador durante todo o procedimento de mediação, não podendo favorecer qualquer das partes, em nenhum momento, o que é fundamental para as partes se sentirem em um ambiente seguro e propício para expor os aspectos objetivos e subjetivos do conflito de interesses.

Um excelente caminho para o mediador demonstrar a sua imparcialidade é cumprir o princípio da isonomia entre as partes, inclusive pactuando com as partes, desde o início, algumas regras de conduta durante o procedimento de mediação, tais como a ordem de exposição de suas respectivas versões, indagando se alguma das partes possui preferência em iniciar a apresentação do caso, o tempo que cada parte terá para expor seus argumentos, a cordialidade durante as tratativas, não interrupção da fala, tanto das partes quanto do mediador, e a possibilidade de reuniões individuais com as partes (*caucus*).

As regras de conduta supracitadas é essencial para o regular desenvolvimento do procedimento da mediação que se fundamenta nos princípios da oralidade e da informalidade²⁰. Neste caso, é imperioso que o mediador esclareça às partes a importância da escuta ativa, permitindo que cada parte apresente seus argumentos sem interrupção dentro do tempo pré-estabelecido com um nível de flexibilidade recíproco, enquanto a outra parte anota algum comentário para apresentar, em seguida.

Esse comportamento cordial e cooperativo contribui para fixação dos pontos de convergência e de divergência do conflito de interesses. Nesse contexto, na qualidade de facilitador de diálogo, é imprescindível que o mediador resuma, preferencialmente logo após cada fala das partes, o que foi dito, solicitando que a parte confirme se o entendimento do mediador está correto ou se gostaria de fazer algum esclarecimento. Isso porque, nesses momentos a própria parte pode perceber que eventual ponto de divergência não é mais

²⁰ “A oralidade e a informalidade conferem a agilidade e o dinamismo necessários à mediação. Como regra, apenas os termos iniciais e finais são reduzidos a escrito, salvo se o contrário for convencionado pelas partes. Do mesmo modo, as sessões são conduzidas de maneira informal”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. MAZZOLA, Marcelo. *Manual de Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 94.

relevante, bem como contribui para a outra parte perceber os verdadeiros interesses da parte que expôs seus argumentos, permitindo o avanço das tratativas.

Ressalte-se, ainda, o princípio da autonomia da vontade das partes, pois o procedimento da mediação pode ser encerrado a qualquer momento se uma ou ambas as partes desejarem, merecendo destacar que, apesar de ser um facilitador de diálogo, o mediador não deve determinar o prosseguimento da mediação, tampouco convencer as partes sobre eventual acordo, contrariando a vontade das partes. Por outro lado, não é vedado ao mediador esclarecer as partes sobre a evolução das tratativas, redução dos pontos de divergência, aumento dos pontos de convergência e sugerir uma nova sessão de mediação para que as partes possam refletir sobre o caso, destacando que, na manutenção dos pontos de divergência restantes, é possível celebrar um acordo parcial, reduzindo o escopo de eventual ação judicial.

As reuniões individuais com as partes (*caucus*) podem ser requeridas tanto pelo mediador quanto pelas partes. Em determinados casos, o mediador é capaz de perceber que uma ou ambas as partes não informaram as verdadeiras motivações do conflito, tampouco seus reais interesses, o que pode decorrer de uma dificuldade de comunicação, do receio de se expor, profundamente, para parte adversa ou ausência de interesse em cooperar²¹. Nestas reuniões individuais, é muito importante que o mediador obedeça aos princípios da imparcialidade e da confidencialidade, devendo ser esclarecido à parte que qualquer informação divulgada nos *caucus* não será repassada para outra parte.

Durante o procedimento de mediação, o mediador deve zelar pelas demais garantias fundamentais do processo, permitindo que as partes exerçam o contraditório e, em nenhuma hipótese, pode haver qualquer tentativa de coação para celebração de acordo, tendo em vista a garantia fundamental que as partes possuem de levar o seu caso ao Poder Judiciário. Ademais, quando a mediação ocorrer de forma incidental em um processo judicial, é necessário obedecer ao princípio da duração razoável do processo, merecendo destacar que o artigo 334, § 2º, do CPC faculta a realização de mais de uma audiência de mediação, desde que necessárias à composição das partes e não exceda a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão. Contudo, essa disposição legal deve ser interpretada com parcimônia, e não como uma regra absoluta, respeitando as peculiaridades do caso concreto.

²¹ “Desse modo, uma das tarefas do mediador será descobrir o que mais está a influenciar as suas posições respectivas, isto é, descobrir essas “motivações ocultas”. As razões por que são mantidas ocultas podem facultar ao mediador a necessária informação para impulsionar as partes a ultrapassar o que eventualmente esteja bloqueando as negociações diretas”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. MAZZOLA, Marcelo. *Manual de Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 98.

1.3 Espécies de conflitos e a mediação

A mediação é destinada aos conflitos de interesses em que as partes possuem relação pretérita em que se pretende a preservação do relacionamento entre os envolvidos. Nestes casos, não é suficiente encontrar uma solução superficial e imediatista para encerrar um conflito específico, mas abordar os aspectos objetivos e subjetivos que o motivaram em busca do restabelecimento de vínculos das pessoas envolvidas, fazendo com que, ao final, o conflito seja considerado tão somente uma tribulação momentânea de uma relação duradoura²².

Por analogia, seria possível afirmar que a mediação é um investimento de longo prazo, tendo em vista que os ensinamentos adquiridos durante a mediação são sólidos e capazes de render bons frutos se forem reproduzidos nos demais atos da vida cotidiana entre as próprias partes ou com terceiros. Em razão dessa característica essencial, é atribuído à mediação o status de enorme potencial de pacificação social.

Apesar de resolver o conflito de forma pontual e célere, a conciliação é um investimento de curto prazo, existindo grande probabilidade de surgimento de novos conflitos no futuro, o que demandará a utilização reiterada da conciliação para soluções efêmeras ou de sua substituição pela mediação para aprofundar os aspectos subjetivos do caso. De toda forma, investimentos de curto prazo são eficazes a depender das circunstâncias do caso concreto e dos anseios de quem os utilizam.

Portanto, o cerne da questão é descobrir quando se deve utilizar o investimento de longo prazo (mediação) ou o investimento de curto prazo (conciliação). Diante dessas premissas, é necessário refletir sobre as espécies de conflitos de interesses mais frequentes na sociedade para averiguar o método adequado de solução de conflitos mais recomendado para o caso concreto.

Corolário lógico do pressuposto de relação pretérita é a aplicação da mediação nos conflitos de natureza familiar em que o restabelecimento de vínculos é indispensável para

²² “Assim, o princípio matriz da justiça coexistencial é o da primazia do relacionamento entre os envolvidos para o qual todos os esforços voltar-se-ão à sua preservação. Perseguindo tal objetivo é que os meios alternativos de solução das lides, em seu processamento, não se voltam à reconstituição do passado, mas estimulam uma projeção para o futuro, afastando as situações que se tornaram controversas. O conflito passa a ser encarado como um episódio no contexto de uma relação complexa e permanente, tendo a justiça conciliatória e coexistencial a real possibilidade de preservar a relação, tratando o episódio litigioso antes como perturbação temporária do que como ruptura definitiva das relações humanas”. FÁRIA, Carolina Tupinambá. *As garantias do processo do trabalho*. 2011. 785f. Tese (Doutorado em Direito Processual). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 261.

harmonia da família, no futuro²³. Nestes conflitos, a mediação não se restringe às pessoas que residem no mesmo local e pode englobar diversos temas, desde que não tenham a qualidade de direitos indisponíveis. Em virtude de a prestação jurisdicional estatal não se aprofundar nos componentes emocionais do conflito, a mediação é muito recomendável aos conflitos familiares visando a preservação do relacionamento ou, na eventualidade, a convivência pacífica entre os envolvidos, o que é muito salutar, notadamente quando envolve crianças e adolescentes.

Nos Estados Unidos, em decorrência da *Pound Conference*, a Suprema Corte e movimentos sociais apoiaram as ideias apresentadas por Frank Sander, resultando no desenvolvimento da mediação comunitária, em especial, em questões de direito de família que contavam com a participação de psicólogos. Alguns estados americanos instituíram a mediação familiar em caráter obrigatório e, em seguida, surgiu o movimento “*collaborative law*” (advocacia colaborativa). Em paralelo, a mediação familiar se desenvolveu na Inglaterra através do movimento “*Parents Forever*” que buscava solucionar conflitos entre pais e mães separados²⁴.

Com as devidas ressalvas, os ensinamentos da mediação em conflitos de natureza familiar podem ser aplicáveis em conflitos de natureza escolar, trabalhista e empresarial, tendo em vista a relação pretérita e o contato ininterrupto das pessoas nesses ambientes. Não é demasiado destacar que uma criança ou um adolescente possui mais contato com seus colegas de escola e um adulto possui mais contato com seus colegas de trabalho e os proprietários da empresa em que trabalha do que com as suas respectivas famílias.

Atualmente, as crianças e adolescentes interagem dentro das salas de aulas, nas demais dependências das escolas e, principalmente, nas redes sociais. Assim sendo, conflitos entre alunos podem acontecer tanto no ambiente escolar quanto em ambientes externos. Naturalmente, os conflitos ocorridos em ambientes externos, seja físico ou virtual, podem resultar em outros conflitos nas dependências das escolas e, eventualmente, surpreender professores e diretores que não estejam cientes do histórico de conflitos.

Há diversas matérias jornalísticas que abordam conflitos nas escolas, relatando agressões físicas ou emocionais. Dentre as motivações dos conflitos, destaca-se o *bullying* que

²³ “Dado o caráter continuado das relações familiares – não se pode, por um simples ato de vontade, deixar de ser pai, mãe ou irmão, por exemplo -, considera-se este um campo extremamente fértil para a mediação”. ALMEIDA, Diogo A. Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina. Áreas de atuação da mediação de conflitos. In: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. (Coord.). *Mediação de Conflitos: para iniciante, praticantes e docentes*. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2010, p. 112.

²⁴ FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. In: Armando Sérgio Prado de Toledo; Jorge Tosta; José Carlos Ferreira Alves. (Org.). *Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 177.

corresponde a todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente com o objetivo de intimidação, causando dor e angústia à vítima (art. 1º, § 1º, da Lei nº 13.185/2015). Essa conduta pode resultar em retaliação por parte da vítima com potencial escalada da violência, podendo colocar em risco à vida da própria vítima, do ofensor e de terceiros.

Em muitos casos, os conflitos e violência nas escolas refletem a realidade dos alunos fora do ambiente escolar, nas suas relações familiares ou de vizinhança, ou decorre de uma má gestão em que os educadores estimulam, excessivamente, a competição entre os alunos. Assim sendo, a mediação pode contribuir para uma convivência escolar mais harmônica, beneficiando professores, alunos e a sociedade através de um círculo virtuoso²⁵.

Ressalte-se, ainda, que a utilização da mediação no ambiente escolar possui o condão de evitar futuras ações judiciais dos representantes legais da vítima em face da instituição de ensino ou dos representantes legais do ofensor. Contudo, caso não seja realizada a mediação no ambiente escolar, seria recomendável realizar a audiência de mediação perante o Poder Judiciário.

Na seara trabalhista, os métodos adequados de solução de conflitos poderiam enfrentar eventual resistência, sob o argumento de que os direitos trabalhistas seriam, supostamente, indisponíveis. Contudo, Carolina Tupinambá esclarece que não há disposição legal que preconize eventual indisponibilidade dos direitos do trabalhador. Em verdade, há um mínimo existencial necessário à dignidade da pessoa humana, no direito do trabalho e em outras áreas do direito, que não pode ser abdicado tanto na jurisdição estatal quanto nos métodos adequados de solução de conflitos.

Nesse sentido, garantido o mínimo existencial, há direitos trabalhistas passíveis de disponibilidade. Após apresentar uma sólida pesquisa bibliográfica comprovando que diversos estudiosos no tema fundamentam a eventual indisponibilidade dos direitos trabalhistas por se tratar, supostamente, de um princípio, Carolina Tupinambá esclarece que, com base na distinção lógica entre regras e princípios apresentada por Dworkin, haveria, no mínimo, a possibilidade da convivência harmônica entre o “princípio da irrenunciabilidade” e

²⁵ “Na medida em que a escola tenha estabelecido a cultura da Mediação, todos ganham: os professores perdem menos tempo e energia administrando crises; as crianças e jovens podem manejar melhor seus próprios conflitos e emoções e canalizar positivamente a energia para aprender; os pais são afetados pelos filhos e toda a comunidade pode ser beneficiada”. CHRISPINO, Alvaro; BERNARDES, Celia; ALDENUCCI, Lidercy; MEURER, Olivia. Mediação escolar: uma via para a convivência pacífica. In: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. (Coord.). *Mediação de Conflitos: para iniciante, praticantes e docentes*. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2010, p. 529.

o princípio da autonomia da vontade, “ambos podendo ceder em determinada intensidade”²⁶, destacando ainda a existência de transações judiciais sobre direitos trabalhistas. Ao final, conclui que “é possível afirmar que os direitos trabalhistas, em geral, são disponíveis, ou que possuem considerável parcela de disponibilidade”.

Quando não são resolvidos de imediato, os conflitos no ambiente de trabalho resultam em pedido de demissão por parte do empregado para interromper eventuais violações de direitos trabalhistas, inclusive assédio moral ou sexual, ou, nos casos em que o empregado manifesta com consistência o seu descontentamento, o empregador demite o empregado e busca enquadrar a situação em uma das hipóteses que constituem justa causa (art. 482 da CLT).

Assim sendo, é muito recomendável a realização da mediação no ambiente de trabalho, antes da ruptura do vínculo empregatício e de eventual ação judicial, tendo em vista que viabilizará o debate dos aspectos objetivos e subjetivos do conflito de forma sensata, permitindo a manutenção da relação de trabalho, sem prejuízos para o empregado ou empregador tanto de natureza pecuniária quanto de natureza psicológica²⁷.

Ademais, ainda no campo de direitos considerados indisponíveis, o argumento de suposta indisponibilidade do interesse público também poderia ser utilizado para criar obstáculos à utilização dos métodos adequados de solução de conflitos pela Administração Pública. Como bem destacado por Humberto Dalla e Marcelo Mazzola, “não se pode confundir indisponibilidade com intransigibilidade, pois esta somente se afigura nas situações em que a lei expressamente veda a transação”²⁸. Portanto, atualmente, é pacífico o entendimento sobre a possibilidade de mediação e arbitragem em conflitos que envolvem a Administração Pública²⁹.

1.4 A audiência de conciliação ou de mediação no CPC vigente e a audiência preliminar no CPC/73

²⁶ FARIA, Carolina Tupinambá. Ao seu dispor! A lenda da indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores. In: *Soluções de conflitos trabalhistas: novos caminhos*. São Paulo: LTr, 2018, p. 51.

²⁷ FARIA, Carolina Tupinambá. *As garantias do processo do trabalho*. 2011. 785f. Tese (Doutorado em Direito Processual). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 262.

²⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. MAZZOLA, Marcelo. *Manual de Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 171.

²⁹ ROQUE, Andre Vasconcelos. *A arbitragem envolvendo entes estatais na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ab7a710458b8378b>>. Acesso em: 15 fev. 2022.

O Código de Processo Civil de 2015 realizou uma mudança significativa no início do Procedimento Comum (antigo Procedimento Ordinário), antecipando a audiência preliminar (art. 331 do CPC/73) que ocorria, normalmente, após a réplica para a etapa seguinte a distribuição da petição inicial, denominando-a de audiência de conciliação ou de mediação. Como será esclarecido, essas audiências são distintas. Ressalte-se, por oportuno, que o termo “audiência de mediação” utilizado no título do presente estudo decorre da expressão utilizada pelo legislador nos artigos 319, inciso VII, e 334, *caput*, do CPC, em que pese o uso do termo “sessão” nos artigos 334, §2º, e 335, inciso I, do CPC.

Ao contrário do que ocorria no Código de Processo Civil anterior, a parte ré não é mais citada para apresentar defesa (artigos 213 e 225, inciso VI, do CPC/73), mas citada para conhecer da ação judicial e intimada para comparecer à audiência de conciliação ou de mediação (artigos 250, inciso IV, e 334, *caput*, do CPC). A audiência de conciliação ou de mediação não será realizada apenas se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual e quando não se admitir a autocomposição, devendo a parte autora indicar eventual desinteresse na autocomposição, na petição inicial, e a parte ré em até 10 (dez) dias de antecedência da audiência, por petição simples (art. 334, §§ 4º e 5º, do CPC).

Importante destacar que o prazo de 15 (quinze) dias para parte ré oferecer a contestação se inicia na data da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição, ou do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pela parte ré, quando a parte autora tiver indicado eventual desinteresse na autocomposição, na petição inicial (art. 335, incisos I e II, do CPC).

Quando o magistrado não determinar a realização da audiência de conciliação ou de mediação, o prazo da contestação iniciar-se-á, em regra, da data de juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a citação ou a intimação for pelo correio, ou da data de juntada aos autos do mandado cumprido, quando a citação ou a intimação for por oficial de justiça (art. 231, incisos I e II, do CPC), sem olvidar das demais hipóteses previstas neste dispositivo legal.

Assim sendo, é possível apresentar duas conclusões. Primeira, a audiência de conciliação ou de mediação é obrigatória, no Procedimento Comum, ressalvadas algumas exceções. Segunda, da análise dos dispositivos legais supracitados, constata-se que o legislador não pretendeu distinguir a audiência de conciliação e a audiência de mediação,

tratando 2 (dois) métodos adequados de solução de conflitos que possuem peculiaridades e finalidades distintas³⁰ como se fossem iguais.

Em verdade, o legislador brasileiro que, normalmente, discorre em minúcias sobre alguns temas, resolveu ser bastante comedido, quando disciplinou a audiência de conciliação ou de mediação. Apesar de o artigo 334 do CPC possuir 14 (catorze) parágrafos, a prática forense demonstrou que a verdadeira finalidade da audiência de conciliação ou de mediação se restringiu a fixação do início do prazo para a parte ré oferecer a contestação³¹. Com a devida vênia, é como se o legislador acreditasse que a mediação resolveria, por si só, as altas taxas de congestionamento do Poder Judiciário e os jurisdicionados começariam a celebrar acordos pelo simples fato de ocorrer antes da apresentação da contestação, como uma espécie de mágica.

Não se vislumbrou que, no mundo real, a parte ré citada da ação judicial e intimada para comparecer à audiência de conciliação ou de mediação contrata um advogado para melhor compreender a demanda, indagar sobre as suas chances de êxito, reunir provas para defesa e outras medidas que, em razão dos custos envolvidos – não apenas os financeiros (honorários advocatícios contratuais), mas também os não financeiros (tempo e estresse) –, potencializam o conflito de interesses de modo semelhante a outrora citação da parte ré para apresentação de defesa, pois a ação judicial foi iniciada.

Ressalte-se que essa reflexão não decorre da exigência de as partes estarem acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos (art. 334, § 9º, do CPC), inclusive porque, se o legislador permitisse o comparecimento das partes em audiência de conciliação ou de mediação sem a presença de um advogado privado ou público, seria impossível utilizar dessa audiência para fixação da data de início do prazo da contestação, o que resultaria em maior morosidade no processo judicial.

Como será abordado no próximo capítulo, a análise econômica do processo civil revela que a cooperação é um fenômeno natural, além de ser um fenômeno jurídico, o que

³⁰ “Com efeito, a conciliação tem aspectos diferentes da mediação, e esta última exige muito mais cuidado do legislador e de seus atores. Isso porque, a mediação possui finalidades e formalidades próprias, que visam a restabelecer vínculos afetivos ou de convivência. Na conciliação, o conflito é tratado de modo mais superficial e busca-se, primordialmente, a autocomposição com o encerramento da disputa. Já na mediação, é tratado o pano de fundo do conflito, e além de objetivar a resolução da controvérsia, tenta restaurar as relações sociais entre os envolvidos e, por isso, carece da intervenção de um terceiro mais capacitado para solucionar a desavença”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A Evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil. In: *Revista do Fórum Nacional da Mediação e Conciliação – FONAMEC*. Rio de Janeiro, vol. 1, n. 1, maio 2017, p. 369.

³¹ “Revela-se crucial que os meios consensuais sejam usados de modo adequado na administração da controvérsia - sob pena de passarem a ser vistos como geradores de uma fase inútil que apenas prejudica a duração razoável do processo”. TARTUCE, Fernanda. Mediação de Conflitos: Proposta de Emenda Constitucional e Tentativas Consensuais Prévias à Jurisdição. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. 82. ed. Jan/Fev 2018, p. 14.

justifica as baixas taxas de celebração de acordos, pois as partes não conseguem visualizar que, em muitos casos, um acordo é mais eficiente e benéfico para ambas. Ressalte-se, ainda, a questão da assimetria da informação no sentido de que a parte ré comparece a audiência de conciliação ou de mediação ciente de todos os argumentos e provas apresentadas pela parte autora na petição inicial, enquanto a parte autora não possui conhecimento da tese de defesa e provas que serão apresentadas pela parte ré, dificultando a fixação das chances de êxito na demanda e prejudicando a análise das propostas de acordos apresentadas. Além disso, será comprovado a relevância dos custos de litigância e outros fatores que influenciam no atuar cooperativo ou não cooperativo das partes.

Neste momento, pode-se tão somente conjecturar que o legislador não tinha conhecimento dos estudos da análise econômica do processo civil. Senão, o legislador teria se dedicado a tornar a audiência de conciliação ou de mediação mais eficiente, não sendo demasiado asseverar que, ao menos do ponto de vista legislativo, a audiência preliminar prevista no artigo 331 do CPC/73 possuía mais finalidades do que a audiência de conciliação ou de mediação disciplinada no artigo 334 do CPC vigente, independentemente se havia magistrados que não sabiam ou não pretendiam usufruir dos benefícios oferecidos pela audiência preliminar ao processo judicial.

Na audiência preliminar, havia a possibilidade de se obter a conciliação que seria reduzida a termo e homologada por sentença, extinguindo-se o processo com resolução de mérito (artigos 269, inciso III, e 331, §1º, do CPC/73). Caso não obtida a conciliação, seja por desinteresse das partes, seja pelo litígio não admitir transação, o magistrado deveria, na própria audiência preliminar, fixar os pontos controvertidos, decidir as questões processuais pendentes e determinar as provas que seriam produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário (art. 331, § 2º, do CPC/73).

Em virtude da redação conferida ao artigo 331 do CPC/73 pela Lei nº 8.952/94, a audiência de conciliação era considerada obrigatória se a causa versasse sobre direitos disponíveis³². Contudo, em virtude da inclusão do § 3º ao artigo 331 do CPC/73 decorrente da Lei nº 10.444/02, a audiência preliminar se tornou facultativa, se o direito em litígio não admitisse transação (em substituição a expressão “direitos disponíveis”) ou se as circunstâncias da causa evidenciassem ser improvável sua obtenção, sendo que o magistrado

³² “Absolutamente reprovável era, em especial, a atitude de juízes que, abdicando do exercício de poder-dever que a lei lhes conferia, consultavam as partes para saber se desejavam ou não a realização da audiência. Tinha razão a corrente que enxergava motivo de nulidade na omissão indevida da audiência”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Vicissitudes da audiência preliminar. In: *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 131.

deveria justificar os motivos que o levaram concluir pela eventual improbabilidade de obtenção da transação. No caso de dispensa da audiência preliminar, a parte final do § 3º dispunha que o magistrado poderia, desde logo, proferir decisão interlocutória (apesar da nomenclatura “despacho saneador” tradicionalmente utilizada), saneando o processo e ordenando a produção da prova através da “técnica escrita”.

Quanto às questões processuais pendentes, merece destacar que, na decisão de saneamento, o magistrado deveria apreciar eventual preliminar suscitada pela parte ré que poderia resultar em uma sentença de extinção do processo sem resolução de mérito (artigos 267 e 301 do CPC/73). Em relação aos pontos controvertidos e a apreciação das provas requeridas pelas partes, era nítido o caráter prospectivo da audiência preliminar, pois o magistrado conseguia dar um norte para o processo judicial, deferindo ou indeferindo um pedido de prova oral ou de prova pericial, merecendo recordar que contra as decisões proferidas em audiência era possível interpor agravo na forma retida que deveria ser interposto de forma oral e imediatamente após a apreciação de algum tema pelo magistrado.

Ressalte-se, ainda, que o magistrado poderia realizar o julgamento antecipado do mérito conhecendo diretamente do pedido e proferindo sentença, quando a questão de mérito fosse unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houvesse necessidade de produzir prova oral ou prova pericial que, em tese, necessitaria da realização da audiência de instrução e julgamento³³.

Verifica-se, portanto, que os advogados precisavam se preparar, efetivamente, para comparecer a audiência preliminar prevista no artigo 331 do CPC/73, pois se tratava de uma audiência dinâmica em que poderiam ser decididas questões relevantes para o prosseguimento do processo que, na ausência de interposição de agravo na forma retida, poderia prejudicar os interesses das partes em razão dos efeitos da preclusão (art. 473 do CPC/73), sem olvidar da possibilidade de extinção do processo sem ou com resolução de mérito. Ressalte-se, por oportuno, que as partes não eram obrigadas a comparecer, pessoalmente, à audiência, desde que estivessem representadas por advogado ou preposto com poderes especiais para transigir (artigos 38 e 277, § 3º, do CPC/73).

Por outro lado, não há qualquer necessidade de preparo das partes e dos advogados para realização da audiência de conciliação ou de mediação prevista no artigo 334 do CPC, sob o aspecto de prosseguimento da ação judicial, em razão de não existir qualquer

³³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil. Volume 1*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 344.

possibilidade de prejuízos aos interesses das partes, desde que compareçam a audiência a fim de evitar a aplicação da multa prevista no artigo 334, § 8º, do CPC.

É cediço que as características inerentes ao mediador, notadamente a ausência de competência para proferir decisões judiciais, impedem que os atos praticados na audiência preliminar do artigo 331 do CPC/73 sejam reproduzidos na audiência de conciliação ou mediação do artigo 334 do CPC vigente. De toda forma, seria possível implementar incentivos normativos (*payoffs*) para aumentar as chances de celebração de acordos e, na eventualidade, adotar medidas preparativas que visem ao prosseguimento do processo judicial de forma mais eficaz, conforme as propostas que serão apresentadas no próximo capítulo, no contexto da análise econômica do processo civil.

O relatório “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça constatou que, em 2021, houve um aumento de apenas 4,2% no número de sentenças homologatórias de acordo em comparação ao ano de 2015 que foi o último ano completo de vigência do Código de Processo Civil de 1973³⁴. Ressalte-se que, em todos os anos, o Conselho Nacional de Justiça realiza essa comparação com ano de 2015 e com o ano anterior, sendo certo que aquela é mais relevante do que esta, pois revela o verdadeiro impacto da audiência de conciliação ou de mediação obrigatória na redução da quantidade de ações judiciais.

É imperioso refletir de forma crítica se inserir a audiência de conciliação ou de mediação, de forma obrigatória, como segunda etapa do Procedimento Comum (do ponto de vista de condutas praticadas pelas partes), independentemente das peculiaridades do conflito foi uma boa escolha do legislador. É evidente que, se a conclusão for pela negativa, a responsabilidade não é do instituto da mediação, mas da forma como o legislador optou por utilizar a mediação no Procedimento Comum³⁵.

³⁴ “Há de se destacar que, mesmo com o novo Código de Processo Civil (CPC), que entrou em vigor em março de 2016 e tornou obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação, em quatro anos o número de sentenças homologatórias de acordo cresceu em apenas 4,2%, passando de 2.987.623 sentenças homologatórias de acordo no ano de 2015 para 3.114.462 em 2021. Em relação ao ano anterior, houve aumento de 539.898 sentenças homologatórias de acordo (21%). A redução vista em 2020, com a retomada gradativa em 2021, possivelmente decorre da pandemia da covid-19, que pode ter dificultado a realização de procedimento de conciliação e mediação presenciais ou das técnicas usuais de construção de confiança e espírito de cooperação entre as partes processuais empregadas em audiências presenciais”. *Relatório Justiça em Números 2022*, p. 202. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2023.

³⁵ “Contudo, mesmo admitindo expressamente todas as vantagens da mediação, em qualquer etapa ou procedimento, é forçoso reconhecer que não parece ser ideal a solução que preconiza um sistema de mediação incidental muito bem aparelhado. Nesses casos, já terá havido a movimentação da máquina judiciária, que poderia ter sido evitada. Temos que pensar em desenhos de sistemas de solução de conflitos que, antes de acionar a máquina judiciária, evitem o processo ou, pelo menos o tornem mais ágil. Mesmo que esses mecanismos possam assumir várias formas”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade. In: *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ*. Vol. 21, nº 3,

Ademais, o presente estudo não sugere que a mediação seja extirpada do Procedimento Comum, mas que sejam adotadas medidas que possam revelar para toda sociedade a indiscutível relevância da mediação para reduzir a morosidade do Poder Judiciário e, principalmente, promover a pacificação social.

Interessante notar que, ao analisar a alteração da obrigatoriedade da “audiência de conciliação” para facultatividade da “audiência preliminar” prevista no artigo 331 do CPC/73, como suso mencionado, José Carlos Barbosa Moreira destacou que o mais importante é investigar em que medida a audiência funciona de modo positivo na prática forense, não sendo possível alcançar qualquer conclusão sem dados estatísticos³⁶.

Ao contrário do momento em que José Carlos Barbosa Moreira realizou a reflexão supracitada, chegando a afirmar que havia uma “mais espessa névoa” sobre dados estatísticos, o Conselho Nacional de Justiça possui um relevante papel neste aspecto, atualmente. No que tange a produtividade da audiência de mediação obrigatória, resta comprovado nos relatórios “Justiça em Números” dos últimos anos que não houve um avanço expressivo no número de sentenças homologatórias de acordo.

Nesse sentido, seria de bom alvitre que o Conselho Nacional de Justiça apresentasse a porcentagem de acordos celebrados de forma temática para permitir a identificação das espécies de conflitos em que a audiência de mediação é, efetivamente, recomendada, do ponto de vista prático, bem como realizar comparações de tempo de tramitação dos processos judiciais, também de forma temática, em que a audiência de mediação foi realizada e nos processos judiciais em que a audiência de mediação foi dispensada.

É evidente que a decisão de designação ou dispensa de audiência de mediação não deve se restringir a dados estatísticos, devendo ser analisada as peculiaridades do caso concreto. Ademais, não se pode olvidar da necessária capacitação dos mediadores que pode contribuir para maior ou menor quantidade de acordos celebrados. Contudo, designar a audiência de mediação em todos os casos de forma automática, inclusive para os casos em que não há uma relação pretérita e, por conseguinte, não há necessidade de se preocupar com

set./dez. 2019, p. 255. Disponível em:

<https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_241.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2022.

³⁶ “O confronto entre o regime obrigatório e o regime facultativo da audiência não é questão que possa ser discutida em plano puramente teórico. Não envolve grandes princípios filosóficos ou éticos; nem sequer grandes princípios jurídicos. Trata-se de saber qual dos dois regimes funciona melhor na prática. O teste decisivo é o da experiência. Quem quer que sustente a superioridade de um sobre o outro há de utilizar argumentos empíricos”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Vicissitudes da audiência preliminar. In: *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 140.

a preservação de um relacionamento entre as partes, não parece ser o melhor caminho, sob pena de prejudicar a duração razoável do processo e o instituto da mediação.

É necessário compreender que a audiência de mediação obrigatória não possui o condão de, por si só, mudar a mentalidade da sociedade arraigada em uma cultura de judicialização para uma cultura de pacificação. Ressalte-se, novamente, os ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira ao destacar que, apesar de existir alterações legislativas relevantes e producentes, “devemos estar prevenidos contra a tentação de jogar todas as nossas fichas nessa aposta”.

Com o escopo de elucidar a assertiva supracitada, o autor realiza um estudo de direito comparado e relata a experiência austríaca com a audiência preliminar que, em breve síntese, foi instituída em 1895 com caráter obrigatório, na reforma processual de 1983 tornou-se facultativa e foi extinta em 2002³⁷. Ademais, o autor destaca que, neste tema, a legislação brasileira se inspirou no modelo austríaco, razão pela qual é necessário investigar e refletir sobre os motivos que levaram a extinção da audiência naquele país.

2. MEDIAÇÃO E A ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO CIVIL

No capítulo anterior, foram abordadas as características principais do instituto da mediação, esclarecendo os tipos de conflitos em que a realização da audiência de mediação possuiria maiores chances de contribuir com o encerramento célere da ação judicial, bem como as diferenças entre a audiência de conciliação sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 e a audiência de conciliação ou mediação prevista no Código de Processo Civil de

³⁷ “Não chega a configurar paradoxo o fato de uma mesma providência legislativa produzir efeitos diferentes e até contraditórios segundo o tempo e o lugar. Exemplo sugestivo é o da chamada "audiência preliminar", instituída pelo Código austríaco de 1895, com a finalidade precípua de dividir bem cedo a massa dos processos em duas classes: a dos que podiam e a dos que não podiam ser decididos sem a discussão do mérito da causa pelas partes, de tal modo que o juiz desde logo se desembaraçasse daqueles, para concentrar nestes sua atenção. Era amplo o conteúdo da audiência: abrangia o exame de várias questões preliminares e até uma tentativa de conciliação. Reforma de 1983 tornou facultativa a realização do ato, naturalmente por haver-se chegado à conclusão de que nem sempre valia a pena praticá-lo. Apesar disso, o instituto continuou a gozar de grande prestígio nos círculos acadêmicos internacionais, e mais de uma legislação, inclusive a brasileira, seguiu, com maior ou menor fidelidade, o modelo austríaco. Com surpresa para muitos, no país de origem ela veio a ser, pura e simplesmente, suprimida em 2002, e a supressão justificada exatamente pela necessidade de abreviar o procedimento. O caso serve de advertência contra certo aqodamento na importação de modelos estrangeiros, e também contra a ingênua crença num receituário fixo, válido sob quaisquer circunstâncias, para o combate à demora excessiva da prestação jurisdicional”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In: *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 374.

2015. Neste momento, é necessário refletir acerca do comportamento que se espera das partes durante a audiência de mediação, sendo relevante discernir o mundo abstrato em que se idealiza uma cooperação mútua e instantânea do mundo real.

Nesse contexto, a análise econômica do processo civil nos ensina que, apesar da sua inclusão como norma fundamental do processo civil, a cooperação possui obstáculos inerentes a natureza humana que podem desmistificar a ideia de a audiência de mediação ser o antídoto da tragédia da justiça. Ademais, a análise econômica comprova que a implementação de incentivos normativos (*payoffs*) possuiria mais capacidade de reduzir a quantidade de ações judiciais iniciadas anualmente ou efetivar o princípio da celeridade processual nas ações judiciais que estão em trâmite do que incluir a audiência de mediação como segunda etapa obrigatória do Procedimento Comum.

Diante dos anseios de as partes cooperarem entre si durante a audiência de mediação, é de suma importância investigar a cooperação tanto na literatura clássica de direito processual civil quanto na literatura de análise econômica do processo civil, pois possuem posicionamentos divergentes sobre a cooperação em razão de interpretações distintas do artigo 6º do Código de Processo Civil, notadamente acerca da existência ou inexistência dos deveres de cooperação. Com o intuito de demonstrar que a cooperação não se resume a um fenômeno jurídico, mas também a um fenômeno natural, a análise econômica aborda aspectos biológicos, psicológicos e econômicos, merecendo destaque a teoria dos jogos e a necessidade de implementação de incentivos normativos capazes de contribuir para um comportamento cooperativo efetivo.

Não obstante, antes de abordar a cooperação sob a ótica da análise econômica, mister abordar não apenas a cooperação em sua acepção processual, mas também a boa-fé processual, tendo em vista que a cooperação dialoga intensamente com a boa-fé processual prevista no artigo 5º do Código de Processo Civil, razão pela qual compartilham de algumas inquietações.

Assim sendo, para uma compreensão segura sobre a cooperação é indispensável perquirir sobre a boa-fé processual, principalmente quando se trata de métodos adequados de solução de conflitos. Isso porque, em tempos de extrema polarização na política e na sociedade em que cidadãos emitem suas opiniões como verdades absolutas, não é crível acreditar que um cidadão que se comporte aos extremos em suas relações cotidianas, se comportará com boa-fé e de modo cooperativo perante o Poder Judiciário, inclusive durante a audiência de mediação. Ademais, o debate sobre a boa-fé processual e a cooperação esperada pelas partes é complexo e antigo, não estando restrito ao Brasil.

2.1. A boa-fé e a cooperação no processo civil

Os princípios da boa-fé e da cooperação decorreram da evolução da sociedade em importantes fatos históricos que culminaram na inclusão desses princípios em diversos diplomas legais estrangeiros e brasileiros. Atualmente, não há dúvidas sobre a intrínseca relação entre a boa-fé processual e a cooperação, não sendo demasiado concluir que todos os ensinamentos acerca da boa-fé são aplicáveis a cooperação e vice-versa. Como a boa-fé possui precedência em relação a cooperação sob o aspecto legislativo processual brasileiro, pois a cooperação foi disciplinada, expressamente, apenas no Código de Processo Civil de 2015, recomenda-se uma abordagem inicial sobre boa-fé que desaguará na cooperação.

Ao realizar uma breve digressão, é possível fazer alusão a Independência dos Estados Unidos da América e a Revolução Francesa, caracterizada pela ascensão da burguesia e os ideais do Iluminismo, notadamente o direito à liberdade, tendo se iniciado o período do Constitucionalismo que através de uma constituição escrita pretendia assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos, viabilizando a limitação do poder estatal por meio da separação de poderes. Apesar desse modelo político-jurídico-social ter inspirado diversos países durante o século XIX, inclusive o Brasil, a constituição era vista como uma mera carta política, tendo um papel “limitado, funcionando como uma convocação à atuação dos Poderes Públicos, e sua concretização dependia, como regra geral, da intermediação do legislador”³⁸.

Em virtude das atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, surgiu o Neoconstitucionalismo (também denominado de Pós-Positivismo), tendo se verificado que os direitos fundamentais previstos na constituição necessitavam de uma melhor compreensão, sendo necessário considerar alguns valores na interpretação e na aplicação das normas infraconstitucionais que, normalmente, estão inseridos na constituição, o que se denominou Filtragem Constitucional.

No direito comparado, é interessante mencionar que houve um profundo debate acerca da motivação para o protagonismo da boa-fé processual na Espanha. Na concepção de Montero Aroca, a inclusão do princípio da boa-fé na legislação processual decorreu de

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=183>>. Acesso em: 30 ago. 2021, p. 24.

exclusiva motivação política, pois a *Ley Orgánica del Poder Judicial* de 1985 foi apresentada por um governo de partido socialista e a introdução do princípio da boa-fé na *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000 ocorreu através de uma emenda apresentada por um partido de esquerda³⁹.

Por outro lado, Picó i Junoy considera que a inserção do princípio da boa-fé na legislação processual não possuiu motivação política, esclarecendo que o legislador pretendia tão somente assegurar a correta atuação de todas as pessoas que participam no processo no sentido de que o processo judicial não poderia ser um local sem regras em que as partes pudessem fazer tudo para lograr êxito em suas pretensões⁴⁰.

Esse debate se origina no fato de que, no século XIX, as partes eram consideradas as donas do processo, tendo em vista que, diante das premissas da concepção liberal, o processo existia tão somente em razão da vedação à autotutela, razão pela qual a jurisdição e o processo estavam a serviço dos direitos disponíveis dos cidadãos. Portanto, as partes eram protagonistas no processo, não existindo um vínculo entre processo e interesse público. Neste cenário, destacavam-se o princípio da oportunidade que poderia ser comparado ao princípio da inércia da jurisdição, no sentido de que o cidadão decide se iniciará ou não um processo em respeito a autonomia da vontade e o princípio dispositivo que equivaleria ao princípio da congruência, pois a delimitação da causa de pedir e do pedido se limitava às partes, sem a possibilidade de intervenção do magistrado.

Em seguida, durante as modificações legislativas do século XX, o princípio da verdade objetiva e o princípio da colaboração ganharam relevo e refletiram em novas atuações tanto das partes quanto do magistrado. Em resumo, tornou-se necessário que todos os sujeitos do processo colaborem entre si em busca de uma verdade material propiciando uma decisão justa.

Montero Aroca e Picó i Junoy apresentam ponderações relevantes sobre a boa-fé e má-fé processual, além da possível diferença entre a boa-fé processual e a verdade objetiva. Eles concordam que a boa-fé processual é um conceito jurídico indeterminado com base na própria redação do artigo 247 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000⁴¹, pois não há determinações expressas no sentido de esclarecer como agir de boa-fé (dever positivo), mas apenas sanções

³⁹ MONTERO AROCA, Juan. Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”. In: MONTERO AROCA, JUAN (Coord.). *Proceso civil e Ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 297.

⁴⁰ PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona: J. M. Bosch, 2003, p. 119.

⁴¹ ESPANHA. Artigo 247 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000: “Los intervinientes en todo tipo de procesos se ajustarán en sus actuaciones a las reglas de la buena fe”. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

em caso de agir de má-fé (dever negativo), razão pela qual não haveria necessariamente um dever de agir com boa-fé, mas um dever de não agir com má-fé.

A diferença entre a boa-fé processual e a verdade objetiva se consubstancia no fato de que a parte obedece a boa-fé processual quando apresenta a sua versão dos fatos, tendo em vista que determinados acontecimentos podem ser interpretados de formas distintas por pessoas diversas, mas não haveria uma obrigação de apresentar toda a verdade (verdade objetiva), ou seja, informações que podem ser prejudiciais aos seus próprios interesses e beneficiar a parte adversa, tendo em vista que não há uma imposição de imparcialidade às partes.

Para Montero Aroca, cada parte possui sua própria verdade, diante das suas próprias perspectivas do caso, tratando-se de uma questão de dialética, sendo lícito às partes deixar de praticar atos e arcar com suas consequências naturais no sentido de eventualmente perder a oportunidade de reforçar a sua tese, o que não se confunde com a ausência de boa-fé processual. Ele destaca que o processo se assemelha a uma luta ou um jogo em que as partes podem usar todas as armas que sejam lícitas para ganhar e não para fornecer meios que podem auxiliar a parte adversária a ganhar, razão pela qual obrigar as partes a praticar atos em busca da verdade objetiva, resultaria na prática de atos contrários aos seus próprios interesses⁴².

Na Espanha, há o entendimento de que a boa-fé processual se aplica em todos os tipos de processos, procedimentos e intervenientes, podendo inclusive ser aplicável em processos distintos que envolvam as mesmas partes. Contudo, em virtude de os dispositivos legais sobre a boa-fé fazerem alusão apenas aos “intervenientes”, entende-se que não há uma determinação expressa no sentido de que os magistrados devem agir de boa-fé, razão pela qual seria possível concluir que a boa-fé não seria considerado um princípio do processo, pois seria aplicável apenas as partes e aos advogados.

De outro bordo, na visão clássica norte-americana do século XVIII ao início do século XX, os magistrados não deveriam ter envolvimento ou interesse nas controvérsias que resolviam, sendo que esse entendimento reflete os valores constitucionais norte-americanos por uma independência do Judiciário em relação ao Executivo motivado pelos ideais iluministas de separação de poderes que predominaram durante as lutas pela independência norte-americana semelhante ao que ocorreu na Revolução Francesa. Assim sendo, os

⁴² MONTERO AROCA, Juan. Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”. In: MONTERO AROCA, JUAN (Coord.). *Proceso civil e Ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 346.

magistrados tinham uma postura passiva, inclusive acerca das provas apresentadas pelas partes (nas fases denominadas de “*discovery*” e “*pre-trial*”), tendo em vista que o júri possuía um papel de relevância na comunidade tanto nas ações penais quanto nas ações civis.

A alteração de postura dos magistrados norte-americanos se iniciou, quando as Regras Federais de Processo Civil de 1938 propiciaram uma certa dicotomia entre a necessidade de as partes entregarem as provas relevantes para o litígio e, ao mesmo tempo, poderem se recusar a contribuir de forma efetiva para o processo, o que tornou o desenvolvimento regular do processo dependente da boa-fé processual das partes, tendo os magistrados constatado que seria necessário intervir no processo para esclarecer o alcance das obrigações das partes na fase de produção de provas. Neste momento, o papel dos magistrados de direcionar o processo se estendeu para outras fases do processo e, em seguida, os magistrados passaram a adotar uma postura mais ativa tanto para incentivar a celebração de acordos quanto para reunir as partes sobre a preparação do caso⁴³.

Ao refletir sobre a atuação dos magistrados nos processos judiciais, José Carlos Barbosa Moreira – maior expoente do movimento publicista no Brasil – destaca que um processo para ser socialmente efetivo deve ser capaz de veicular aspirações da sociedade como um todo e possibilitar aos menos favorecidos uma disputa em pé de igualdade com os mais favorecidos, sendo recomendável uma maior participação do magistrado visando a compensar as desigualdades entre as partes⁴⁴, o que contribui para obediência a boa-fé processual e a cooperação entre as partes.

Como costuma ocorrer com diversos institutos jurídicos, as premissas do instituto da boa-fé processual consolidadas no direito comparado foram internalizadas na legislação brasileira. Assim como na legislação espanhola, não há um dispositivo legal que esclareça como agir de boa-fé (dever positivo), mas como não agir de má-fé (dever negativo), tendo o artigo 16 do Código de Processo Civil de 1973 exemplificado condutas que caracterizariam a má-fé processual. No Código de Processo Civil vigente, não há dúvidas sobre o prestígio da boa-fé que foi alçada à norma fundamental do processo civil (art. 5º do CPC), aplicando-se a

⁴³ “Los jueces que esperaban pasivamente los pedidos de las partes en la etapa de pre-trial ahora están fuera de sintonía con sus colegas que han implementado un nuevo régimen de procedimientos diseñados para acelerar la resolución de los casos. Estos procedimientos llevan los casos a la atención del juez poco tiempo después de su inicio y lo incentivan tanto a supervisar el desarrollo del caso antes del juicio como a dirigir después la implementación de las decisiones”. RESNIK, Judith. Los jueces como directores del proceso (Managerial Judges). In: *Revista de Processo*. São Paulo, n. 268, Jun. 2017, p. 203.

⁴⁴ “Na verdade, nenhum sistema processual, por mais bem inspirado que seja em seus textos, se revelará socialmente efetivo se não contar com juízes empenhados em fazê-lo funcionar nessa direção. [...] A grande questão está em saber em que medida e sentido hão de ser exercitados pelo juiz os poderes de que a lei o investe”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. In: *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 27.

todos que de qualquer forma participe do processo e aos magistrados⁴⁵, devendo ser observada em todos os atos processuais, inclusive na audiência de mediação.

A boa-fé subjetiva está associada a intenção dos sujeitos do processo, tendo em vista que se espera uma conduta ética e leal no desenvolvimento da relação jurídica perante o Poder Judiciário, enquanto a boa-fé objetiva se caracteriza como uma regra de comportamento, sendo necessário que o comportamento das partes atenda aos padrões de conduta social e às legítimas expectativas da sociedade⁴⁶. Contudo, Cassio Scarpinella Bueno adverte que os institutos típicos de direito privado tais como o *venire contra factum proprium*, a *supressio* e a *surrectio* não devem ser aplicados, automaticamente, no âmbito processual sem a devida análise do caso concreto, sob pena de serem confundidos com institutos jurídicos tradicionais do direito processual, por exemplo, a preclusão⁴⁷.

Nesse contexto, é indiscutível a relevância da boa-fé nos atos processuais e nos atos da vida civil, sendo certo que se os cidadãos praticarem suas condutas cotidianas pautados na boa-fé, inclusive na fase pré-contratual⁴⁸, haverá uma maior possibilidade de as próprias partes alcançarem uma solução para seus conflitos de interesses, em benefício mútuo e de toda sociedade, ao evitar uma ação judicial.

Verifica-se que o princípio da boa-fé processual possui uma sinergia com o princípio da cooperação em que, para se alcançar uma decisão de mérito justa em obediência ao princípio da duração razoável do processo, todos os sujeitos do processo precisam cooperar entre si. O Código de Processo Civil de 2015 é considerado um modelo constitucional de processo civil, pois deve ser interpretado em consonância com os valores e as normas fundamentais previstos na Constituição Federal (art. 1º do CPC). Contudo, não se restringe a um movimento filosófico de adesão voluntária, existindo uma observância impositiva decorrente da força normativa da Constituição Federal⁴⁹.

⁴⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 10.

⁴⁶ RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 177.

⁴⁷ “Assim, não há espaço para falar, por exemplo, em *supressio* nos casos em que o que ocorreu foi a perda, pura e simples, de um prazo processual (uma preclusão, portanto). Não vejo necessidade de querer sofisticar o discurso em tais casos, quiçá na busca de novidades, em que novidade não há”. BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil: volume único*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 112.

⁴⁸ “O Direito atual exige das partes, mesmo nessa fase pré-contratual, postura séria, leal, sincera – enfim, afinada com o princípio da boa-fé objetiva. O rompimento leviano e desleal das tratativas pode ensejar a obrigação de indenizar, não por inadimplemento, posto que ainda não há contrato, mas pela quebra de confiança, pelo descumprimento dos deveres de lealdade, de transparência, de informação, de cooperação, que regem todos os atos negociais, mesmos os decorrentes de contato social. É o que se tem chamado de responsabilidade pré-contratual”. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 275/276.

⁴⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 07.

Portanto, a cooperação deve ser interpretada em consonância com os direitos constitucionais do Estado Democrático de Direito, tais como a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a razoável duração do processo que estão, respectivamente, previstos no artigo 1º, inciso III, e artigo 5º, incisos LIV, LV e LVXXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O modelo de processo civil evoluiu, nos últimos séculos, até alcançar o modelo cooperativo. Inicialmente, houve uma alternância de protagonismo do juiz (modelo inquisitivo) e das partes (modelo dispositivo) no processo, a depender do momento histórico, sendo certo que esses extremos resultavam em obstáculos para se alcançar uma decisão justa, efetiva e célere. Nestes modelos, respectivamente, o juiz poderia limitar a atuação das partes, identificando de forma unilateral o que seria relevante para o processo, ou as partes poderiam atuar de forma excessiva ou se recusar a praticar atos processuais básicos, criando empecilhos para o regular desenvolvimento do processo.

Desse modo, o modelo cooperativo de processo surge para ser um ponto de equilíbrio entre o modelo inquisitivo e o modelo dispositivo, propiciando um diálogo entre as partes e o juiz durante a tramitação do processo, inclusive na fixação de fatos e de direitos relevantes para a correta solução do litígio, o que pode reduzir eventuais arbitrariedades por parte dos magistrados⁵⁰.

A literatura clássica do processo civil avalia, primeiramente, se a cooperação é um princípio, um modelo de processo civil ou uma regra impositiva de deveres. Fredie Didier Jr. considera que a cooperação é um princípio que redimensiona o princípio do contraditório, pois intensifica o diálogo processual através de uma maior interação entre as partes e o órgão jurisdicional no desenvolvimento do processo, resultando em uma efetiva divisão de trabalho⁵¹. No mesmo sentido, Daniel Amorim entende que a cooperação é um princípio que, por sua natureza jurídica, não dependeria de expressa previsão legal, sendo aplicável a toda atividade jurisdicional, inclusive a fase executiva⁵². Por outro lado, Lenio Streck vislumbra a

⁵⁰ “Em vez do juiz ditador, dono de um processo inquisitório e autoritário, ou de um processo totalmente dominado pelas partes, como anteparo ao arbítrio estatal — a exemplo do sucedido na idade média com o processo romano -canônico —, importa fundamentalmente o exercício da cidadania dentro do processo, índice da colaboração das partes com o juiz, igualmente ativo, na investigação da verdade e da justiça”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. In: *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 07 set. 2021, p. 10.

⁵¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento - Volume 1*. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 141.

⁵² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 16.

cooperação como uma mera regra impositiva de deveres, não possuindo o *status* de princípio⁵³, em razão da ausência de demonstração histórica da cooperação como instituto jurídico consolidado nas práticas comunitárias.

Não obstante algumas divergências acerca da cooperação, há um entendimento majoritário, na literatura clássica do processo civil, no sentido de que: i) a cooperação é um princípio e um modelo de processo civil; ii) o modelo de processo cooperativo decorre do Estado Democrático de Direito através do princípio do contraditório como direito de influência caracterizado pelo diálogo, divisão de trabalho e participação efetiva de todos os sujeitos do processo; iii) a cooperação é uma norma fundamental de processo civil; iv) o magistrado e as partes possuem deveres cooperativos; v) a cooperação possui uma estreita relação com o princípio da boa-fé, devendo-se incorporar os deveres de boa-fé no modelo de processo cooperativo⁵⁴.

Dentre os pontos supracitados, merecem destaque os deveres de cooperação direcionados aos magistrados: i) dever de esclarecimento em que o magistrado deve solicitar esclarecimentos das partes em caso de dúvidas; ii) dever de consulta no sentido de o magistrado oportunizar o contraditório prévio, antes de proferir uma decisão, nos termos do artigo 10 do CPC; iii) dever de prevenção em que o magistrado determina a correção de vícios nas postulações a fim de permitir o desenvolvimento regular do processo, em consonância com o princípio da primazia da resolução de mérito; iv) dever de auxílio em que as próprias partes podem requerer ao magistrado a adoção de medidas para o regular desenvolvimento do processo e cumprimento das decisões judiciais⁵⁵.

Ademais, os deveres negativos de boa-fé (proibição de agir de má-fé, proibição de comportamento processual contraditório e proibição de abuso de direitos processuais) são integrantes do modelo cooperativo de processo, tendo em vista que ora a cooperação é considerada um subprincípio da boa-fé, ora a boa-fé é considerada um subprincípio da cooperação, restando indene de dúvidas a relação entre esses dois institutos jurídicos. Em virtude dessa intrínseca relação entre a boa-fé e a cooperação, a literatura clássica de processo civil reflete se as partes devem cooperar entre si, apesar de possuírem interesses divergentes. Não obstante posicionamentos no sentido de que a cooperação deve se restringir na relação

⁵³ STRECK, Lenio Luiz. *A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição*. In: *Consultor Jurídico (CONJUR)*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em: 07 set. 2022.

⁵⁴ WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 222-225.

⁵⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil: volume único*. 5. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2019, p. 112-113.

entre o juiz para com as partes e vice-versa⁵⁶, o posicionamento majoritário compreende que as partes precisam cooperar entre si em busca de uma decisão justa, sendo certo que essa cooperação não impede a defesa de seus próprios interesses⁵⁷.

Nesse sentido, há diversos exemplos de cooperação entre as partes: i) a obrigação de a parte autora apresentar a sua pretensão de forma clara e coerente, sob pena de inépcia da petição inicial, podendo ser enquadrada como dever de esclarecimento; ii) a recomendação de não agir com má-fé, sob pena de aplicações de multas, o que pode ser considerado um dever de lealdade entre as partes; iii) a recomendação de não causar danos a parte contrária, sob pena de ser necessário indenizar a parte prejudicada, como na responsabilidade objetiva do exequente na execução provisória, inclusive na tutela de urgência, nos termos dos artigos 302, 520, inciso I, e 776 do CPC, configurando um dever de proteção⁵⁸.

A boa-fé e a cooperação devem estar presentes na audiência de mediação, pois comportamentos não cooperativos nesta relevante etapa processual podem potencializar o conflito de interesses e resultar em muita beligerância entre as partes no decorrer da demanda, dificultando a efetivação do princípio da duração razoável do processo. Ocorre que há diversos fatores que podem influenciar o comportamento das partes, conforme será demonstrado a seguir.

2.2. A cooperação na análise econômica do processo civil e nas ciências naturais

A análise econômica do processo civil destaca que os deveres de cooperação mencionados pela literatura clássica do processo civil não estão elencados no artigo 6º do Código de Processo Civil, concluindo que esses deveres podem resultar em obstáculos para se

⁵⁶ “Superada a incongruência do texto legal em excluir – ou apenas tentar – a execução do alcance do princípio da cooperação, o seu conteúdo não merece elogios. Sempre entendi que o princípio da cooperação seja voltado muito mais ao juiz do que às partes, criando aquele que conduz o processo os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio, já que as partes estarão no processo naturalmente em posições antagônicas, sendo difícil crer que uma colabore com a outra tendo como resultado a contrariedade dos seus interesses”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 16.

⁵⁷ “Seria evidentemente uma ingenuidade acreditar que os sujeitos do processo vão se ajudar mutuamente. Afinal, litigantes são adversários, buscam resultados antagônicos, e seria absurdo acreditar que o demandante vai ajudar o demandado a obter um resultado que lhe interesse (ou vice-versa). Mas não é disso que se trata. O princípio da cooperação deve ser compreendido no sentido de que os sujeitos do processo vão ‘co-operar’, operar juntos, trabalhar juntos na construção do resultado do processo”. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 11.

⁵⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Volume 1*. 19. ed. Salvador, Jus Podivm, 2017, p. 144.

alcançar, efetivamente, a finalidade da norma que é a decisão de mérito justa, efetiva e em tempo razoável. Ademais, é asseverado que os princípios do devido processo legal e do contraditório devem ser aplicados em harmonia com o princípio da duração razoável do processo. Portanto, esses estudiosos divergem na interpretação do dispositivo legal supracitado, notadamente na existência ou não dos deveres de cooperação criados pela literatura clássica do processo civil⁵⁹.

Para além da cooperação do ponto de vista jurídico, a análise econômica busca investigar a cooperação sob os aspectos biológico, econômico e psicológico, demonstrando que o tema em debate possui estreita relação com a evolução da espécie humana, tendo em vista que a cooperação humana propiciou vantagens sobre as outras espécies. Desse modo, antes de ser um fenômeno jurídico, a cooperação é um fenômeno natural, razão pela qual deve ser analisada de uma forma muito mais complexa e abrangente.

Ocorre que, a espécie humana coopera entre si em determinadas circunstâncias para atingir anseios em comum, mas compete entre si quando possui interesses distintos, sendo certo que é, nesse contexto, que se insere a denominada tragédia da justiça. Isso porque, apesar de a cooperação possuir a capacidade, em tese, de aprimorar o sistema de justiça como um todo através de uma união de esforços, auxiliando o Estado na busca de maximização do bem-estar social, é necessário a adoção de incentivos normativos aptos a tornar o comportamento cooperativo vantajoso para todos os sujeitos do processo.

Por um lado, a tragédia da justiça decorre da incapacidade de o Estado prestar uma tutela jurisdicional justa, efetiva e célere, sem olvidar do devido processo legal, sendo certo que a ausência de uniformidade e coerência jurisprudencial contribui para o prolongamento do processo, pois o jurisdicionado sempre possui uma justificativa que existe chances de a sua tese ser acolhida, mesmo se for um posicionamento minoritário. De outro bordo, as condutas dos próprios jurisdicionados colaboram para tragédia da justiça, em razão do número excessivo de ações judiciais, não sendo raro a existência de demandas frívolas, além das baixas taxas de autocomposição, interposição excessiva de recursos com o intuito de ter acesso às Cortes Superiores, muitas vezes apenas para postergar o trânsito em julgado da sentença, e a inefetividade da fase de execução.

⁵⁹ “Não há qualquer referência na lei processual que imponha a arquitetura de deveres cooperativos projetada pela doutrina brasileira. Nada indica que a observância dos deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio colaborem, no fim do dia, para o proferimento de tutelas efetivas em tempo razoável (art. 6º do CPC/2015). Talvez, inclusive, produzam efeito contrário. Já quanto a sua contribuição para a obtenção da tutela justa, a constatação é problemática, primeiro pela dificuldade na definição de justiça da tutela, depois porque, se nenhuma tutela efetiva for tempestivamente obtida, a questão da justiça ficará prejudicada”. WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 226.

Em virtude de os deveres de cooperação criados pela literatura clássica do processo civil não enfrentarem esses elementos da tragédia da justiça, a análise econômica busca compreender a cooperação (ou a ausência de cooperação) com base na teoria dos jogos.

Nesse contexto, se torna relevante abordar o Dilema do Prisioneiro e o Equilíbrio de Nash. O Dilema do Prisioneiro surgiu na década de 50 no contexto da Guerra Fria e foi aprimorado ao longo dos anos para demonstrar a ausência de comportamento cooperativo em circunstâncias reais. Em suma, o Dilema do Prisioneiro consiste na prisão de dois suspeitos de cometer um crime em que a autoridade policial sugere aos suspeitos, separadamente, a realização de uma conduta semelhante a delação premiada. O suspeito que delatar não será condenado, enquanto o suspeito delatado será condenado em 3 (três) anos de prisão. Contudo, se ambos delatarem, os dois suspeitos serão condenados em 2 (dois) anos de prisão e, se ambos não delatarem, os dois suspeitos serão condenados em 1 (um) ano de prisão. Assim sendo, o dilema é delatar (não cooperar) ou não delatar (cooperar), sendo importante destacar que a cooperação deve ser interpretada como cooperação entre os prisioneiros e não entre os prisioneiros e a autoridade policial.

Em virtude da tendência de o ser humano ser egoísta e buscar maximizar o seu próprio bem-estar, cada suspeito acredita que a suposta melhor estratégia é delatar o parceiro de crime (não cooperar), pois não ficaria nenhum dia na prisão, o que torna a delação uma conduta previsível, razão pela qual, na teoria dos jogos, a estratégia de delatar (não cooperar com o parceiro de crime) é considerada estritamente dominante em relação à estratégia de não delatar (cooperar com o parceiro de crime), denominada estratégia estritamente dominada.

Ressalte-se, ainda, que a estratégia estritamente dominante (delatar) decorre do fato de que ambos os suspeitos do crime acreditam que o seu parceiro de crime aceitará a proposta de delação para ficar livre da prisão, resultando em receio de o suspeito que não delatar ficar 3 (três) anos na prisão. Desse modo, a estratégia estritamente dominante (delatar) confirma as expectativas de ambos os suspeitos que seriam reciprocamente delatados, resultando na ausência de arrependimento, o que configura o Equilíbrio de Nash⁶⁰.

Não obstante delatar seja a estratégia estritamente dominante, previsível e estável no sentido de propiciar a ausência de arrependimento de ambos os suspeitos, revelando-se como a suposta melhor estratégia, a estratégia estritamente dominada (não delatar) seria mais eficiente porque ambos os suspeitos ficariam apenas 1 (um) ano na prisão, enquanto ao se delatarem reciprocamente, os suspeitos permanecem 2 (dois) anos na prisão.

⁶⁰ WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 233-235.

É possível vislumbrar a aplicação do Dilema do Prisioneiro na vida cotidiana, sendo certo que exemplos não faltam. Quanto ao meio ambiente, muitas pessoas jogam lixo nas ruas, praias e parques, bem como não fazem coleta seletiva e despejam óleo de cozinha em suas pias, pois existe uma expectativa que a maioria das pessoas atuam da mesma forma e que se apenas uma pessoa fizer a sua parte não vai resolver o problema do meio ambiente. Em relação ao trânsito, principalmente nas grandes cidades, há grande imprudência dos motoristas e aplicação de multas com baixo valor, isso quando elas são aplicadas, pois não é possível colocar radares e agentes de trânsito em todos os lugares, sem olvidar que a pena para homicídio decorrente de acidente de trânsito é risível, mesmo para condutores embriagados, por ser considerado homicídio culposo, e não doloso. Portanto, se há uma percepção que apenas a minoria das pessoas que comete infrações de trânsito é punida, não há motivos (incentivos normativos) para os cidadãos cooperarem entre si e cumprirem as leis.

Ainda no contexto de trânsito em que existe uma intersecção entre meio ambiente e tempo de deslocamento da casa para o trabalho, as pessoas ficariam menos tempo em transportes públicos ou particulares, se o compartilhamento de carros (carona) tivesse uma quantidade significativa de adeptos, principalmente entre as pessoas que trabalham na mesma empresa ou amigos que trabalham em locais próximos. Todavia, muitas pessoas preferem a praticidade e a privacidade de utilizarem seus carros para se deslocar ao trabalho, o que resulta em milhares de carros no trânsito com apenas uma pessoa no interior do veículo, enquanto há milhões de pessoas em transportes públicos precários que demoram horas no deslocamento casa-trabalho-casa.

Esses exemplos da vida cotidiana refletem o Dilema do Prisioneiro, pois a maioria dos cidadãos procuram maximizar o seu próprio bem-estar de uma maneira egoísta com a expectativa que os outros cidadãos atuarão da mesma forma, não havendo uma cooperação efetiva, sendo certo que, diante da confirmação das suas expectativas, também se encontra presente o Equilíbrio de Nash. Ocorre que há uma dificuldade de se perceber que esse comportamento não cooperativo prejudica toda sociedade, pois o meio ambiente poderia ser melhor para todos se mais pessoas aderissem as práticas sustentáveis, bem como o tempo de deslocamento casa-trabalho-casa seria menor tanto para pessoas que utilizam o transporte público quanto para as pessoas que utilizam o transporte particular se mais pessoas realizassem o compartilhamento de carros (carona), aumentando a qualidade de vida de todos, inclusive em relação a poluição do ar e a poluição sonora. Ademais, caso existissem incentivos normativos eficazes como multas e penas elevadas para todos que cometem infrações de trânsito, haveria um trânsito mais seguro para todos.

Após assentar as premissas acima, é possível refletir sobre o Dilema do Prisioneiro no Direito Processual Civil. Isso porque, a ausência de incentivos normativos eficazes favorece a perpetuação dos elementos da tragédia da justiça decorrentes de condutas dos jurisdicionados e do próprio Poder Judiciário.

Um fator relevante para análise econômica é o atributo da racionalidade nas decisões dos cidadãos tanto ao iniciar uma ação judicial quanto de prosseguir com a demanda, seja por não adotar um comportamento cooperativo durante a audiência de mediação, seja na interposição de recursos, independentemente se as chances de êxito do recurso são baixas, no caso concreto. Nesta avaliação contínua de custo-benefício durante todas as etapas do processo, são considerados os custos envolvidos (reembolsáveis ou não), bem como as possíveis vantagens que podem ser obtidas ao final do processo ou prejuízos, nos casos de improcedência que podem ser majorados, quando do desprovimento dos recursos em razão do advento dos honorários recursais⁶¹.

Com o intuito de ilustrar os reflexos do comportamento não cooperativo no processo judicial, Erik Wolkart apresenta um caso hipotético bastante interessante envolvendo uma falha de prestação de serviço de telefonia em que é analisado não apenas os possíveis valores de indenização, mas também os custos não reembolsáveis e possíveis perdas sociais a depender do comportamento das partes envolvidas⁶².

Em síntese, após realizar uma pesquisa de jurisprudência, a parte autora possui ciência que se requeresse R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) de indenização por danos morais, haveria 70% de chances de êxito, o que tornaria uma autocomposição extrajudicial no valor de R\$ 14.000,00 (catorze mil reais) o cenário mais eficiente, caso ambas as partes cooperassem entre si. Neste caso, não haveria nenhuma perda social, pois o valor obtido pela parte autora e pago pela empresa ré não sofreria nenhum desconto ou acréscimo, respectivamente, de custos não reembolsáveis, pois o Poder Judiciário não seria utilizado.

No caso de apenas a parte ré cooperar com a celebração de acordo em audiência de mediação judicial, haveria uma estimativa de custos não reembolsáveis para cada parte no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais). Assim sendo, se apenas a empresa ré cooperasse pagando o valor de R\$ 20.000,00 requerido pela parte autora, o custo total envolvido seria de R\$ 21.000,00 (vinte e um mil reais) para empresa ré em razão do acréscimo de R\$ 1.000,00

⁶¹ GICO JR., Ivo Teixeira. CAVALCANTE, Henrique Haruki Arake. Taxa de Recorribilidade, Taxa de Reversibilidade e Eficiência judicial. In: *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. Vol. 14, n. 1, 2019, p. 11.

⁶² WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 239-241.

dos custos não reembolsáveis, enquanto a parte autora receberia efetivamente R\$ 19.000,00 (dezenove mil reais) em razão da perda de R\$ 1.000,00 dos custos não reembolsáveis. Neste caso, haveria uma perda social de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), pois tanto a parte autora quanto a empresa ré sofreriam uma perda de R\$ 1.000,00 de custos não reembolsáveis.

Ato contínuo, é apresentado um segundo cenário em que ambas as partes não cooperariam. A parte autora modificaria o seu pedido de R\$ 20.000,00 para R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) em razão da expectativa de a empresa ré não cooperar e apresentar uma proposta de acordo irrisória. Ocorre que, essa conduta inicial não cooperativa da parte autora reduziria de imediato as chances de êxito para 50% e o cenário mais eficiente seria o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Além disso, no caso de ambas as partes não cooperarem, haveria uma estimativa de custos não reembolsáveis no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) durante todo o processo. Portanto, neste novo cenário, haveria uma estimativa de a parte autora receber, efetivamente, R\$ 12.000,00 (doze mil reais) equivalente a R\$ 15.000,00 – decorrente de 50% de chances de êxito – menos R\$ 3.000,00 de custos não reembolsáveis, enquanto a empresa ré teria uma perda total estimada em R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais). Neste caso, haveria uma perda social de R\$ 6.000,00 (seis mil reais).

Há duas questões que são bastante interessantes no exemplo apresentado por Erik Wolkart. Primeira, os custos não reembolsáveis que não existiriam no caso de ambas as partes cooperarem, realizando um acordo extrajudicial, mas alcançariam R\$ 3.000,00 para cada parte, a partir do momento em que ambas as partes não cooperam e prosseguem na demanda em busca de uma cognição exauriente. Segunda, o Equilíbrio de Nash caracterizado na confirmação das expectativas de que ambas as partes não cooperariam resulta em um cenário menos eficiente para ambas as partes, pois a parte autora receberia R\$ 12.000,00 – dois mil reais a menos do que no primeiro cenário de cooperação recíproca – e a empresa ré teria um prejuízo de R\$ 18.000,00, o que equivale a quatro mil reais a mais do que no primeiro cenário de cooperação recíproca (R\$ 14.000,00). Destarte, novamente, se verifica que, apesar de o cenário de cooperação recíproca ser mais eficiente e benéfico, ambas as partes decidem por não cooperar, partindo da premissa que a parte contrária não pretenderá cooperar.

No mais, apenas para exaurir o exemplo apresentado por Erik Wolkart, caso apenas a parte autora cooperasse para realização de acordo em audiência de mediação, haveria uma estimativa de ganho da parte autora de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) e perda da empresa ré de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), incluindo o custo não reembolsável de R\$ 1.000,00, pois o acordo judicial seria celebrado no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), neste cenário. Ocorre que, como Erik Wolkart não apresentou um fundamento matemático para fixação do

valor do acordo de R\$ 5.000,00, mas apenas psicológico no sentido de ser uma proposta abusiva da empresa ré a fim de não cooperar, o presente estudo compreendeu com a devida vênia que esse cenário não contribuiria para as questões abordadas acima, razão pela qual foi deslocado para o final.

Interessante notar que o caso hipotético supracitado comprova a ineficiência das condutas do ser humano em suas relações cotidianas, restando claro que não cooperar entre si se torna, na maioria das vezes, a estratégia estritamente dominante, enquanto cooperar acaba por ser a estratégia estritamente dominada, mesmo que seja capaz de trazer mais benefícios às partes envolvidas e não provocar (ou diminuir) os custos sociais, os quais merecem profunda reflexão. Isso porque, além da ausência de percepção que o atuar cooperativo pode beneficiar a si próprios, os cidadãos não conseguem vislumbrar os custos sociais envolvidos em suas condutas habituais, tampouco em um processo judicial em que, na maioria das vezes, figuram apenas duas partes, o que dificulta ainda mais a perceber que as condutas das partes no processo impactam a sociedade como um todo.

Ocorre que, para além do atuar não cooperativo dos cidadãos que poderia ser justificado por diversas questões objetivas e subjetivas, tais como nível de escolaridade, histórico de vida, bem-estar social, ausência de conhecimento jurídico e econômico ou até o grau de amadurecimento cultural de um país específico, o fato é que o Poder Judiciário contribui de forma significativa para que os jurisdicionados se comportem de uma forma não cooperativa.

A quantidade de ações judiciais e de recursos interpostos é inversamente proporcional ao valor das custas judiciais, pois quanto menor as custas judiciais, o jurisdicionado se sentirá mais confortável de se aventurar em ações judiciais e interpor recursos, e diretamente proporcional a taxa de erro do tribunal, tendo em vista que se o tribunal erra com frequência, cria-se uma expectativa no jurisdicionado de que é possível ter êxito, mesmo que a sua tese seja contrária ao ordenamento jurídico e a jurisprudência pacífica ou majoritária⁶³.

Portanto, há uma necessidade de implementação de incentivos normativos (*payoffs*) que é destacada, exaustivamente, pela análise econômica do processo civil, sendo certo que o aumento do valor das custas judiciais e uma jurisprudência mais estável e previsível contribuiriam de forma significativa para diminuir a quantidade de ações judiciais e interposição de recursos.

⁶³ “Nesse ponto, a solução para busca do comportamento cooperativo das partes na utilização das vias recursais aparece clara: é preciso elevar o custo dos recursos e a qualidade (precisão) do julgamento nos tribunais”. WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 637.

Nesse contexto, merece destaque, novamente, os ensinamentos de Erik Wolkart que, ao realizar um exercício para fixar a porcentagem mínima de êxito que justificaria tanto o ajuizamento de uma ação judicial quanto a interposição de um recurso de apelação em um caso hipotético perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, confirma a ineficiência do Poder Judiciário brasileiro.

Ao analisar os custos reembolsáveis (custas judiciais, honorários contratuais, honorários de sucumbência em primeira instância e honorários recursais) e não reembolsáveis (custos das partes para comparecimento as audiências, tempo dedicado ao processo e estresse) em uma ação judicial que a parte autora pretendia obter uma indenização por danos materiais no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), foi verificado que as chances de êxito necessárias para justificar a propositura de uma ação judicial e a interposição de recurso de apelação seriam a partir de 18% e 7,25%, respectivamente. Ao final, são apresentadas duas conclusões: i) quando a porcentagem de erro do tribunal é superior as chances de êxito do recurso, mesmo em um nível baixo em números absolutos, há um estímulo a interposição de recursos; ii) diante das peculiaridades desse caso hipotético, o valor total das custas judiciais para interposição do recurso de apelação deveria ser fixado em R\$ 2.111,11 (dois mil, cento e onze reais e onze centavos)⁶⁴.

Nesse contexto, cumpre destacar que a Lei Estadual nº 9.507/21 alterou a metodologia de custas judiciais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e majorou o valor para interposição de recurso de apelação de R\$ 288,85 para R\$ 706,70, apresentando um aumento de aproximadamente 150%, conforme Portaria CGJ nº 226/2022 do TJRJ. Apesar do aumento significativo, o valor atual equivale a menos de 40% da quantia sugerida por Erik Wolkart, no caso hipotético desenvolvido em sua obra, o que demonstra que há espaço para aumentos nos próximos anos. Ademais, as partes poderão ser condenadas a pagar até o décuplo do valor das custas judiciais devidas, nos casos de paralisação processual por culpa exclusiva das partes, abandono de ação, ausência injustificada de audiência e interposição de recursos ou incidentes processuais meramente protelatórios (artigo 15-A da Lei Estadual nº 3.350/99, incluído pela Lei Estadual nº 9.507/21).

Além da majoração das custas judiciais para interposição de recurso de apelação, merece destaque a alteração da taxa judiciária que foi majorada de 2% para 3% sobre o valor do pedido em razão de a Lei Estadual nº 9.507/21 ter alterado o artigo 118 do Decreto-Lei nº 05/75 (Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro). Ressalte-se, ainda, o incentivo a

⁶⁴ WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 638.

utilização dos métodos adequados de solução de conflitos, pois, se a parte autora comprovar a tentativa prévia de autocomposição através do Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) ou de plataformas de resolução de conflitos oficialmente reconhecidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o valor da taxa judiciária será de 2% (art. 118, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 05/75).

Considerando que a Lei Estadual nº 9.507/21 foi publicada em 09.12.2021, seria recomendável fazer alusão expressa, no mínimo, a mediação e conciliação realizada nas serventias extrajudiciais regulamentada pelo Provimento nº 67/2018 do CNJ e ao “Consumidor.gov.br”. De toda forma, é uma medida que deve ser enaltecida, tendo em vista que se trata de um incentivo normativo, prestigiando o jurisdicionado que busca utilizar medidas extrajudiciais para evitar um ação judicial.

Em virtude dessa mudança de paradigma, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 7.063) está em trâmite no Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin, para debater a impossibilidade de uma lei estadual criar sanções processuais não previstas na legislação federal, além de ser vedado ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro dobrar o valor de algumas custas judiciais por mera resolução. Sem adentrar no mérito da suposta inconstitucionalidade da lei que não é objeto do presente estudo, não há dúvidas que, sob à ótica da análise econômica do processo civil, essas alterações devem ser prestigiadas, pois buscam implementar incentivos normativos para diminuir a quantidade de ações judiciais e de interposição de recursos, além de coibir a litigância de má-fé com sanções mais severas.

Verifica-se, portanto, que existe um cenário que estimula a litigiosidade desmedida, notadamente em razão do baixo valor das custas judiciais, quando há cobrança de custas judiciais, tendo em vista que a gratuidade de justiça é concedida de forma equivocada em muitos casos. Em que pese a relevância da gratuidade de justiça que é um dos meios para superar a barreira econômica que foi objeto da primeira onda renovatória de acesso à justiça⁶⁵, faz-se necessário realizar uma análise crítica e responsável desse instituto.

Não seria demasiado restringir a concessão do benefício da gratuidade de justiça aos cidadãos beneficiados por programas de assistência social oficiais do governo ou, no mínimo, que apenas esses cidadãos sejam dispensados de comprovar a sua hipossuficiência econômica. Para os demais cidadãos, seria possível implementar um incentivo normativo no sentido de que, caso não seja comprovada que as despesas processuais impactem no seu sustento e no

⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça como programa de reforma e método de pensamento. In: *Revista Programa de Pós-Graduação em Direito da UFES*. Vitória, n. 02, 2008, p. 382.

sustento de sua família, haveria um acréscimo nas custas judiciais iniciais e, se a decisão do primeiro grau fosse confirmada após a interposição de agravo de instrumento, o acréscimo nas custas judiciais seria ainda maior.

Um incentivo normativo dessa natureza faria o jurisdicionado que não faz jus a gratuidade de justiça ter mais cautela, antes de requerer esse benefício, optando pelo pagamento das custas judiciais ou desistindo de iniciar uma ação judicial para buscar um método extrajudicial de solução de conflitos, sabedor do risco de arcar com as despesas processuais e sanções por ter requerido o benefício sem preencher os requisitos necessários. Importante esclarecer que o presente estudo não pretende aumentar a barreira econômica de acesso à justiça, mas tão somente que a gratuidade de justiça seja concedida apenas aos jurisdicionados que, efetivamente, não possuam condições de arcar com as despesas processuais, afastando dessa maneira os jurisdicionados que utilizam o Poder Judiciário para tentar obter uma vantagem econômica com a certeza de que, no caso de improcedência dos seus pedidos, não haverá nenhum prejuízo financeiro.

Ressalte-se, ainda, que as ações judiciais nos Juizados Especiais Cíveis não necessitam de custas judiciais até a sentença. Contudo, há um paradoxo porque a maioria das pessoas que figuram como parte autora, neste procedimento, é composta de classe média que possui acesso ao mercado de consumo⁶⁶. Assim sendo, é possível vislumbrar que esses jurisdicionados da classe média, os quais poderiam arcar com as despesas processuais do Procedimento Comum, sem prejuízo do seu sustento ou do sustento da sua família, se utilizam dos Juizados Especiais Cíveis como loteria gratuita, pois não terão qualquer prejuízo no caso de improcedência dos seus pedidos em razão da ausência de custas e condenação em honorários de sucumbência, exceto em grau recursal (artigo 55 da Lei nº 9.099/95), o que resulta em custos sociais, tendo em vista que não há receita advinda diretamente desses jurisdicionados⁶⁷.

Uma reflexão profunda e responsável sobre a gratuidade de justiça (seja por concessão do benefício no Procedimento Comum, seja na isenção de despesas processuais no Juizado Especial Cível) é extremamente necessária porque impacta, diretamente, nos custos de

⁶⁶ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 135.

⁶⁷ “No entanto, tudo isso tem custos que são repassados ao contribuinte, ou seja, toda a sociedade é quem paga os custos subsidiados de cada processo. Trata-se, portanto, de uma opção política de transferir renda do contribuinte para o litigante”. GICO JR., Ivo Teixeira. CAVALCANTE, Henrique Haruki Arake. Taxa de Recorribilidade, Taxa de Reversibilidade e Eficiência judicial. In: *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. Vol. 14, n. 1, 2019, p. 10.

litigância, bem como na fixação dos preços de reserva do autor e do réu e, por conseguinte, na zona de acordo, conforme será demonstrado no subcapítulo a seguir.

Por fim, há a ausência de punição efetiva para litigância de má-fé, abuso de direito processual e interposição de recursos protelatórios, ocasionando um ciclo vicioso em que o jurisdicionado não adota um comportamento cooperativo, pois possui a certeza que o seu adversário também não vai cooperar e não sofrerá uma sanção efetiva que pudesse desestabilizar o Equilíbrio de Nash de estratégias processuais não cooperativas com uma possível modificação de comportamento em casos futuros.

A cooperação ainda pode ser perquirida através das ciências naturais. Antes de ser um fenômeno jurídico, a cooperação é um fenômeno natural com estreita relação com a evolução humana. Os organismos cooperam para aumentar as chances de sobrevivência e permitir a evolução genética e celular através da seleção natural, sendo necessário existir hereditariedade, mutação e variedade na proporção correta, sob pena de ocorrer competição por espaço com recursos escassos. A evolução do comportamento cooperativo sob o aspecto biológico está relacionada a 5 (cinco) regras básicas: i) seleção familiar; ii) reciprocidade direta; iii) reciprocidade indireta; iv) reciprocidade de rede; v) seleção de grupo⁶⁸.

A seleção familiar avalia o custo-benefício de uma conduta altruísta entre parentes em linha reta ou colateral a fim de garantir o compartilhamento genético para futuras gerações, sendo exemplificada na célebre frase de John Burdon Sanderson Haldane “*I will jump into the river to save two brothers or eight cousins*”. Quando o comportamento cooperativo não está vinculado a relação de parentesco e as pessoas envolvidas possuem ciência que se encontrarão novamente, resta configurada a reciprocidade direta, pois as pessoas podem optar por cooperar ou não cooperar, o que se aproxima de um Dilema do Prisioneiro com tendência inicial de não cooperação em razão do comportamento egoísta do ser humano. Contudo, como essas pessoas se encontrarão no futuro, repetindo por diversas vezes o Dilema do Prisioneiro, as pessoas começam a cooperar reciprocamente, em determinado momento, pois percebem que cooperar é mais eficiente porque ambas as pessoas são beneficiadas.

A reciprocidade indireta está relacionada a reputação social das pessoas que possuem comportamentos altruístas que podem ser amparadas por terceiros que presenciaram ou tiveram ciência do comportamento altruísta, não ficando restrito a eventual gratidão da pessoa que fora diretamente assistida. A reciprocidade de rede ocorre, quando o comportamento altruísta ocorre entre pessoas de núcleos sociais distintos em razão de que a pessoa que recebe

⁶⁸ WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 248-251.

a ajuda não compete com a pessoa que lhe assistiu. Caso a convivência das pessoas se restringisse a núcleos sociais idênticos com um possível cenário de competição, a pessoa assistida poderia se sobrepor a pessoa que a ajudou. Por fim, a seleção de grupo decorre do fato de que um grupo de pessoas que cooperam entre si tendem a ter mais êxitos do que grupos não cooperativos, inclusive do ponto de vista de sobrevivência e hereditariedade.

Uma questão em comum nessas 5 (cinco) regras básicas de cooperação é a necessidade de existir incentivos para que ocorra o comportamento cooperativo, pois o ser humano possui uma tendência de cooperar apenas quando percebe que é vantajoso para todas as pessoas da relação de cooperação, ou seja, para quem está auxiliando e para quem está sendo assistido, mesmo que a retribuição não seja realizada diretamente pela pessoa que recebeu a assistência.

Como dito, a reciprocidade direta equivale ao Dilema do Prisioneiro realizado diversas vezes consecutivas. A tendência inicial é que os participantes não cooperem entre si. Contudo, quando os participantes descobrem que se encontrarão diversas vezes no futuro, as chances de cooperação aumentam, pois os participantes começam a refletir sobre a possibilidade de benefício mútuo decorrente da cooperação recíproca, tornando a cooperação a estratégia dominante e não cooperação a estratégia dominada.

Esse cenário foi confirmado com o ensinamento de Robert Axelrod em que foram analisadas estratégias cooperativas, sendo a vencedora a denominada TIT FOR TAT. Essa estratégia possui como características principais ser punitiva e cooperativa, pois se a pessoa que cooperou primeiro perceber que a outra pessoa não cooperou, ela passa a não cooperar como forma de punição até a outra perceber que errou em não cooperar e demonstrar que pretende cooperar, fazendo com que a primeira pessoa retorne a cooperar⁶⁹.

Assim sendo, dentre as regras de cooperação nas ciências naturais, cumpre destacar que a regra da reciprocidade direta possui maior aplicabilidade no processo civil, principalmente nos casos dos litigantes habituais que são as concessionárias de serviços públicos, as empresas de consumo e os bancos privados, sem olvidar da própria União, autarquias e empresas públicas. Isso porque, urge a necessidade de aumentar a importância do futuro nessa relação entre os litigantes habituais e o Poder Judiciário, pois o comportamento no presente precisa se tornar relevante para definição do comportamento futuro, desde que sejam alterados os incentivos normativos (*payoffs*).

⁶⁹ WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 255.

Um maior rigor contra a litigância de má-fé e adoção de medidas para tornar efetivos os meios executivos é muito recomendável, além da questão pedagógica no sentido de esclarecer aos jurisdicionados que há vantagens na cooperação mútua, evitando a maximização apenas do bem-estar individual através de condutas egoístas e a exploração de terceiros. Portanto, é possível concluir que a punição através de incentivos normativos a comportamentos não cooperativos no presente é capaz de incentivar o comportamento cooperativo no futuro.

Nesse sentido, merece destaque, novamente, a Lei Estadual nº 9.507/21 que acrescentou os artigos 135-D a 135-H no Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro acerca da majoração da sucumbência aos litigantes contumazes, determinando pagamento em dobro do valor da taxa judiciária, inclusive quando estiverem figurando na qualidade de réu (art. 135-D, § 2º, do Decreto-Lei nº 05/75). Ademais, há mais um incentivo a autocomposição, pois a majoração não será aplicada aos litigantes contumazes que reduzirem o seu acervo de processos no semestre imediatamente anterior, no mínimo, em 10% (art. 135-F do Decreto-Lei nº 05/75).

Quando a literatura da análise econômica do processo civil aborda os possíveis incentivos normativos no direito processual civil, há ênfase no combate a litigância de má-fé, seja pela apresentação de petições em quantidade maior do que seria necessário, seja pelo alto índice de recorribilidade, destacando que a literatura clássica do processo civil, ao criar os deveres de cooperação, se restringe a aplicação do princípio do devido processo legal e do princípio do contraditório como necessidade de aumento de participação das partes para influenciar o resultado do processo⁷⁰, sem vislumbrar que a participação excessiva das partes pode impedir a finalidade do artigo 6º do CPC, qual seja, uma decisão de mérito justa, efetiva e célere.

É evidente que não é possível excluir a participação efetiva das partes do processo judicial, notadamente em razão dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Ocorre que, inobstante o entendimento de que o princípio do devido processo legal possui a capacidade de viabilizar um processo justo, a justiça da decisão não é diretamente proporcional a participação das partes no processo.

Essa visão equivocada que quanto maior a participação das partes, maior será a justiça da decisão decorre de um aspecto subjetivo de os cidadãos superestimarem o processo

⁷⁰ “O princípio do contraditório deve ser compreendido como uma dupla garantia (sendo que esses dois aspectos do contraditório se implicam mutuamente): a de participação com influência na formação do resultado e a de não surpresa”. CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 11.

judicial. Para grande parte da sociedade, o processo possui finalidade educacional, política e de pacificação social, enquanto do ponto de vista constitucional, a finalidade do processo é prestar a tutela adequada à proteção dos direitos, buscando uma precisão fática e jurídica, bem como a legitimação à própria atividade jurisdicional.

Na correlação entre a precisão fática e a precisão jurídica, cumpre destacar que, em determinados casos, a participação das partes pode diminuir o desequilíbrio informacional no processo e contribuir para uma decisão justa, mas existe um limite de precisão, pois o processo não consegue alcançar a verdade real, mas apenas a verdade formal, não sendo crível aceitar um aumento de custos financeiros e não financeiros, públicos e privados, sob a justificativa ilusória de se buscar a verdade real. Portanto, é necessário compreender que o processo precisa ser simplificado, em determinados casos, com a diminuição da atividade probatória e da participação das partes, diminuindo os custos sociais da atividade jurisdicional.

A questão relevante é compreender que a participação das partes contribui com a justiça da decisão até certo ponto, sendo certo que, a partir de determinado momento, o custo social decorrente da participação das partes só aumenta, enquanto o benefício obtido pela participação das partes para se alcançar uma decisão justa, efetiva e célere apenas diminui ou deixa de existir⁷¹.

Destarte, é equivocado concluir que a participação cada vez maior das partes seria necessária para legitimar a atividade jurisdicional. A literatura clássica do direito processo civil possui uma premissa de que o sentimento de justiça de uma decisão é diretamente proporcional a participação das partes no processo. Ocorre que, em verdade, a literatura da análise econômica do processo civil demonstra que o sentimento de justiça decorre do resultado da decisão, bem como que a participação demasiada das partes resulta em uma longa tramitação do processo, além de um grande apego ao processo judicial em razão dos altos investimentos financeiros e emocionais destinado à lide.

2.3. Métodos adequados de solução de conflitos e análise econômica do processo civil

⁷¹ WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 283-284.

Todas as ponderações apresentadas no subcapítulo anterior acerca da cooperação na análise econômica do processo civil são aplicáveis aos métodos adequados de solução de conflitos, tendo em vista que o comportamento cooperativo é o que se espera das partes durante a audiência de mediação. Ademais, como suso mencionado, os incentivos normativos (*payoffs*) abordados pela análise econômica do processo civil se revelam, normalmente, como sanções indiretas ou diretas aos jurisdicionados, seja com o aumento de custas judiciais para evitar a propositura de uma ação judicial ou interposição de recursos, seja com a aplicação de multas severas para coibir a litigância de má-fé.

Ocorre que, os incentivos normativos podem ser implementados de forma mais expressa nos métodos adequados de solução de conflitos. Considerando que, em regra geral, a audiência de mediação será realizada⁷², seria de bom alvitre incluir mecanismos no Código de Processo Civil que estimulasse a cooperação por ambas as partes a fim de aumentar as chances da celebração de acordo. Naturalmente, possíveis propostas nesse sentido podem ser obstaculizadas nos dois pilares principais da mediação: a voluntariedade e o sigilo (art. 166 do CPC). Contudo, o presente estudo entende que é necessário buscar meios para flexibilizar esses princípios, quando se adentra no âmbito judicial, sem desnaturar o instituto da mediação.

Uma primeira reflexão seria buscar meios para coibir a apresentação de propostas de acordo irrisórias que, normalmente, são apresentadas pelos litigantes habituais, em sua maioria concessionárias de serviço público, bancos e empresas de consumo. Nesse sentido, seria possível implementar um incentivo normativo que, caso a parte ré não se manifestasse indicando seu desinteresse na autocomposição (art. 334, § 5º, do CPC), determinasse a apresentação de proposta de acordo durante a audiência de mediação que ficaria registrada como um documento, em anexo, a ata de audiência. Essa proposta de acordo poderia ser arquivada na serventia judicial, em separado dos autos e sob sigilo, não podendo o magistrado ter acesso a esse documento para que não tenha nenhuma influência ao proferir a sentença.

Contudo, após o trânsito em julgado, a serventia judicial acostaria a proposta de acordo aos autos e caso o magistrado, no início da fase de execução, constatasse que o valor atualizado da proposta de acordo apresentada pela parte ré é inferior a 50% (cinquenta por cento) do valor atualizado da condenação, haveria um acréscimo imediato de 20% (vinte por cento) na condenação. Caso a parte ré seja vencedora do processo, o magistrado determinaria a serventia judicial destruir o documento com a proposta de acordo, antes mesmo de acostá-la

⁷² FUX, Luiz. BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 49.

aos autos, a fim de que o magistrado não possa ser influenciado nos próximos processos que a parte ré fizer parte.

Não há dúvidas que a sugestão supracitada é factível e possível de ser concretizada, tendo em vista que as serventias judiciais que outrora se encontravam com inúmeras pilhas de processos físicos, atualmente possuem muitos espaços livres em razão da tramitação dos processos eletrônicos. O fato é que a implementação de um incentivo normativo dessa natureza resultaria nas seguintes hipóteses: i) por um lado, a diminuição de propostas de acordo irrisórias que são apresentadas, normalmente, pelos litigantes habituais, o que possibilitaria um aumento de celebração de acordos na audiência de mediação; ii) por outro lado, os litigantes habituais se sentiriam pressionados a apresentar petições indicando desinteresse na audiência de mediação, nos casos em que não estiverem dispostos a apresentar nenhuma proposta de acordo ou uma proposta de acordo irrisória, o que contribuiria com a efetivação do princípio da duração razoável do processo.

Nas legislações norte-americana e inglesa existem dispositivos que aplicam sanções a parte que rejeitou uma proposta de acordo, o que é denominado “regra da oferta de acordo” (*offer-of-settlement*). Nos Estados Unidos, caso a sentença julgue procedentes os pedidos formulados na petição inicial, mas em valor inferior a proposta de acordo apresentada pela parte ré, a parte autora deverá arcar com as custas judiciais, desde a etapa processual em que a proposta de acordo foi apresentada⁷³. Na Inglaterra, essa sanção não se restringe a parte autora, mas também a parte ré, caso não aceite uma proposta de acordo da parte autora e não obtenha um benefício maior na sentença⁷⁴. Nesse sentido, Neil Andrews destaca a relevância dos protocolos *pre-action* como incentivo normativo para celebração de acordo, na Inglaterra⁷⁵.

⁷³ Rule 68 (d) of *Federal Rules of Civil Procedure*. Paying Costs After an Unaccepted Offer. “If the judgment that the offeree finally obtains is not more favorable than the unaccepted offer, the offeree must pay the costs incurred after the offer was made”. Disponível em:

<https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_-_december_2020_0.pdf>.

Acesso em: 06 de jul. 2022.

⁷⁴ Rule 36.17 of *Civil Procedure Rules*. Costs consequences following judgment. “(1) Subject to rule 36.21, this rule applies where upon judgment being entered: (a) a claimant fails to obtain a judgment more advantageous than a defendant’s Part 36 offer; or (b) judgment against the defendant is at least as advantageous to the claimant as the proposals contained in a claimant’s Part 36 offer”. Disponível em:

<<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part36#36.17>>. Acesso em: 24 de jul. 2022.

⁷⁵ “Two aspects of the settlement process deserve mention here. First there is the distinctively English system of stimulating and enhancing settlement by use of pre-action protocols. As explained by Andrews (2007) and (2008), a leading aim of the English scheme of pre-action protocols is to promote early and informed settlement, avoiding the expense and inconvenience of formal litigation. This is rooted in the philosophy that formal litigation, notably trial, is a form of dispute resolution which should be treated as a matter of ‘last resort’”.

ANDREWS, Neil. *The Modern Civil Process in England: Links Between Private and Public Forms of Dispute-Resolution*. In: ZANETI Jr., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 807.

Assim sendo, a sugestão apresentada no presente estudo se assemelha a legislação inglesa, pois permite que seja aplicável uma sanção a parte ré, caso seja apresentada uma proposta de acordo irrisória durante a audiência de mediação, sem prejuízo dos demais ônus processuais (honorários advocatícios de sucumbência e despesas processuais).

A despeito de eventuais posicionamentos em sentido diverso, a sugestão apresentada no presente estudo não atenta contra o instituto da mediação, pretendendo, na verdade, que a parte ré do processo, notadamente os litigantes habituais, não se valham da audiência de mediação para postergarem as ações judiciais. Isso porque, como abordado no capítulo anterior, o prazo para oferecer a contestação se inicia da data da última audiência de mediação (art. 335, inciso I, do CPC), não sendo demasiado vislumbrar que a parte ré pode simular uma conduta com suposto interesse em realizar um acordo, mas apresentar obstáculos que a impeça de celebrar o acordo na primeira audiência de mediação para que seja designada uma nova audiência e, por conseguinte, conseguir um tempo maior para elaborar a contestação.

Ademais, esse tipo de conduta poderia se tratar de uma estratégia negocial em que a parte ré poderia apresentar uma proposta de acordo irrisória na primeira audiência de mediação e aumentar, mesmo que de forma ínfima, a sua proposta inicial, durante a segunda audiência de mediação, a fim de demonstrar à parte autora e ao mediador o seu esforço para celebração de acordo. Mas, ao final, esclarecer a impossibilidade de alcançar o valor pretendido pela parte autora que, após duas ou três audiências de mediação, pode ficar mais flexível a aceitar uma proposta de acordo menor do que pretendia na primeira audiência de mediação⁷⁶.

Apesar de lícitas, essas condutas da parte ré, seja para obter mais tempo para elaborar a sua contestação, seja por estratégia negocial para convencer a parte autora a aceitar uma proposta de acordo inferior, caracterizariam abuso de direito, pois estariam se utilizando de um direito previsto, expressamente, no artigo 334, § 2º, do CPC que possibilita a realização de mais de uma audiência de mediação para obter algum tipo de vantagem. Dito de outra forma, essas condutas configurariam ausência de boa-fé e de cooperação, o que demonstra a relevância de se investigar esses princípios de forma simultânea, inclusive quando se pretende avaliar o custo-benefício de se realizar a audiência de mediação⁷⁷.

⁷⁶ “Em segundo lugar, o réu passa a ter ao seu dispor a possibilidade de protelar o acordo como expediente para depreciar a quantia a ser paga”. FUX, Luiz. BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 79.

⁷⁷ “Caso os *payoffs* considerem os riscos e consequências de jogarem com ferramentas lícitas, porém, dotadas de finalidade moralmente reprovável, cientes do risco de punição pecuniária por protelar aquilo que se atingiria pela via consensualizada, os negociadores ponderarão com mais empenho e esmero as oportunidades emergidas na senda das matrizes alternativas”. DUARTE, Márcia Michele Garcia. A sanção pedagógica e os aspectos éticos e

Com o intuito de se evitar conclusões precipitadas, o presente estudo não pretende afirmar que os litigantes habituais solicitam esses tipos de condutas aos advogados, tampouco que há advogados que se submeteriam a eventuais solicitações dessa natureza, mas é indiscutível que podem fazê-lo se assim pretenderem, inclusive porque há questões relacionadas ao dia-a-dia da advocacia que impedem os advogados de colocarem suas próprias convicções a frente dos interesses dos clientes ou dos sócios majoritários dos escritórios. O que se pretende com esses casos hipotéticos é incentivar reflexões sobre o tema, fomentar a boa-fé e a cooperação entre as partes e impedir manobras processuais que agravam a tragédia da justiça.

É preciso ter em mente, ainda, que a implementação de incentivos normativos semelhantes ao proposto no presente estudo possui fundamento no Dilema do Prisioneiro e no ensinamento de Robert Axelrod abordados acima, pois é mister deixar claro aos jurisdicionados, principalmente aos litigantes habituais, a necessidade de se comportar de modo cooperativo em busca de uma decisão de mérito justa, efetiva e em tempo razoável, não sendo admissíveis condutas ultrapassadas que visam a postergação das ações judiciais. Assim sendo, com base nas premissas do Dilema do Prisioneiro e no ensinamento de Robert Axelrod, se as partes não se comportarem de forma cooperativa devem sofrer sanções, seja no próprio processo que não se comportou de forma cooperativa ou em processos futuros até que se crie uma cultura de cooperação.

Não obstante os incentivos normativos atuais para utilização dos métodos adequados de solução de conflitos, esse tema é debatido há algumas décadas tanto na literatura estrangeira quanto na literatura brasileira. Interessante notar uma possível convergência de entendimentos, ao menos em parte, entre Owen Fiss e José Carlos Barbosa Moreira, pois enquanto o primeiro destacava ser equivocado acreditar que o acordo é sempre preferível a uma solução jurisdicional em razão de os termos do acordo revelarem a desigualdade entre as partes e beneficiarem os mais poderosos, o segundo desejava a utilização dos métodos adequados de solução de conflitos, mas apresentava uma predição no sentido de que esses métodos não seriam capazes, por si só, de solucionar o excesso de litigância que é resultante de diversas questões⁷⁸.

morais da consensualidade: em busca da efetividade do modelo multiportas. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume 22. Set-Dez 2021, p. 705. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/62268/39107>>. Acesso em: 05 jan. 2023.

⁷⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: *Temas de Direito Processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 31.

No âmbito das vicissitudes da mediação, é imperioso adentrar na obra “*Against Settlement*” de Owen M. Fiss. Em síntese, é apresentada uma linha de raciocínio com o intuito de esclarecer que celebrar acordo pode não ser a melhor alternativa, principalmente para a parte autora e para sociedade, razão pela qual é sugerido que o acordo não deve ser encorajado ou valorizado. Dentre os argumentos apresentados que são mais pertinentes ao presente estudo, merecem destaque os seguintes: i) a diferença de poder entre as partes influencia o conteúdo do acordo; ii) o acordo impede que os tribunais forneçam à sociedade uma interpretação legítima do direito, além de não garantir a justiça, no caso concreto; iii) o acordo não se aplica adequadamente para todos os casos.

A parte mais vulnerável, notadamente sob o aspecto econômico, pode celebrar o acordo por não obter meios de reunir as informações e provas necessárias para comprovar o fato constitutivo do seu direito, na qualidade de parte autora, ou o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, na posição da parte ré, sem olvidar na maior dificuldade de contratar um advogado especializado com capacidade de delimitar de forma mais precisa as chances de êxito da demanda, os custos de litigância, o preço de reserva e o possível valor de condenação a ser fixado na sentença.

Ademais, a parte com menor poder aquisitivo possui uma tendência de aceitar uma proposta de acordo inferior ao valor que poderia obter com a sentença, seja para receber o pagamento de forma mais célere em razão, por exemplo, da necessidade de arcar com alguma despesa de primeira necessidade, seja por não ter condições financeiras de pagar as despesas processuais e honorários advocatícios contratuais para o prosseguimento da ação judicial, o que também pode ocorrer para os cidadãos que não preenchem os requisitos para a concessão da gratuidade de justiça. Portanto, todos esses fatores resulta em desequilíbrio nas tratativas de acordo que favorece a parte menos vulnerável da relação processual⁷⁹, não sendo demasiado destacar que os litigantes habituais se utilizam, frequentemente, dessas premissas para apresentar propostas de acordo irrisórias.

Owen M. Fiss ressalta, ainda, que o Poder Judiciário utiliza recursos públicos e agentes públicos, razão pela qual deve se restringir a aplicação da lei ao caso concreto, não devendo se preocupar com a maximização do bem-estar de particulares, tampouco com a pacificação social. Nesse sentido, destaca que o acordo impede que a sociedade tenha ciência do posicionamento dos tribunais na aplicação das leis, asseverando ainda que a celebração de

⁷⁹ “In truth, however, settlement is also a function of the resources available to each party to finance the litigation, and those resources are frequently distributed unequally”. FISS, Owen M. *Against Settlement*. In: *The Yale Law Journal*. Vol. 93, n. 6, May 1984, p. 1.076.

acordo pode encerrar o conflito de interesses, mas não garantir a justiça no caso concreto⁸⁰. Por fim, o autor destaca que o acordo não é recomendável para todos os tipos de conflitos de interesses.

Em uma análise preliminar, seria possível vislumbrar que o nível baixo de celebração de acordos no Brasil decorre de aspectos culturais. Ocorre que, a análise econômica do processo civil comprova que há diversos fatores que contribuem para celebração ou ausência de celebração de acordo, tais como preço de reserva, benefício econômico pretendido no conflito, percepção das partes acerca das suas chances de êxito na demanda, os custos judiciais (reembolsáveis e não reembolsáveis), predisposição das partes a correr riscos e estratégia de atuação das partes, além dos aspectos naturais abordados acima.

O preço de reserva é muito relevante para análise econômica do processo civil, quando se investiga os métodos adequados de solução de conflitos, e consiste no menor valor que a parte autora aceitaria receber e o maior valor que a parte ré estaria disposta a pagar a fim de viabilizar o acordo e evitar o início ou o prosseguimento da ação judicial, sendo indispensável que o preço de reserva do autor seja inferior ao preço de reserva do réu. Assim sendo, o preço de reserva permite a identificação da “zona de acordos” (*settlement range*) em que ambas as partes são beneficiadas, evitando-se os custos para litigar. Em verdade, mesmo que inexistentes os custos para litigar, a aversão das partes às incertezas da prestação jurisdicional é suficiente para que o acordo seja almejado, desde que atendidos os demais fatores⁸¹.

Por outro lado, os acordos podem ser considerados ineficientes sob a ótica do bem-estar social, caso a parte autora aceite receber um valor inferior ao dano causado pela parte ré, pois revelar-se-á ao infrator ser mais vantajoso continuar a descumprir a lei do que adotar as cautelas necessárias para evitar novos danos. Uma das funções da jurisdição é adotar medidas para que um determinado comportamento nocivo não seja reiterado tanto pela parte ré do processo em que a decisão judicial for proferida quanto por terceiros que tiverem ciência da demanda e do posicionamento do Poder Judiciário, o que permite o aumento de pacificação social.

Ocorre que, os acordos podem ser inviabilizados em decorrência da assimetria de informação entre as partes sobre os aspectos puramente processuais (provas existentes e posicionamento jurisprudencial pacífico ou majoritário) e os aspectos processuais

⁸⁰ “To be against settlement is only to suggest that when the parties settle, society gets less than what appears, and for a price it does not know it is paying. Parties might settle while leaving justice undone. (...) To settle for something means to accept less than some ideal”. FISS, Owen M. Against Settlement. In: *The Yale Law Journal*. Vol. 93, n. 6, May 1984, p. 1.085.

⁸¹ FUX, Luiz. BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 53.

econômicos, notadamente o benefício econômico pretendido no conflito e os custos de litigância que impactam diretamente no preço de reserva das partes. Assim sendo, o desconhecimento da existência de uma prova robusta pode fazer uma das partes subestimar as chances de êxito da parte adversária, bem como superestimar as chances de êxito de quem possui essa prova, o que, por conseguinte, aumentaria a diferença do julgamento esperado pela parte autora e pela parte ré que não pode ser maior do que a soma dos custos de litigância das partes para que o acordo possa ser realizado.

Para uma melhor compreensão sobre preço de reserva, julgamento esperado e zona de acordo, é imperioso abordar um raciocínio matemático utilizado pela literatura especializada de fácil compreensão em que o preço de reserva da parte autora corresponde ao valor do julgamento esperado pela parte autora menos os seus custos de litigância, enquanto o preço de reserva da parte ré corresponde ao valor do julgamento esperado pela parte ré mais os seus custos de litigância. O interessante é que o julgamento esperado pelo autor e pelo réu equivale a porcentagem de êxito do autor segundo suas respectivas percepções multiplicada pelo valor da sentença futura, o que demonstra que o acordo pode ser inviabilizado por um aspecto meramente subjetivo das partes, sendo o nível de otimismo das partes inversamente proporcional as chances de acordo. Ademais, como os custos da litigância está inserido nesse raciocínio matemático, o equívoco de definição desses custos também diminui as chances de acordo.

Com o escopo de elucidar o raciocínio matemático supracitado, Luiz Fux e Bruno Bodart apresentam um caso hipotético em que o valor da sentença seria equivalente a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e os custos de litigância seria de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para a parte autora e R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para parte ré, sendo que a parte autora possui uma percepção de 80% de chances de êxito na demanda, enquanto a parte ré acredita que as chances de êxito da parte autora são bem menores, apenas 20%. Ao realizar os cálculos necessários, os preços de reserva do autor e réu foram fixados, respectivamente, em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) – menor valor que a parte autora aceitaria para não ajuizar ou prosseguir com a ação judicial – e R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) que seria o maior valor que a parte ré aceitaria pagar.

No caso hipotético supracitado é possível confirmar algumas premissas abordadas acima. Primeira, há chances efetivas de acordo porque o preço de reserva da parte autora é inferior ao preço de reserva da parte ré, existindo uma “zona de acordo” (*settlement range*). Segunda, a diferença do julgamento esperado pela parte autora (R\$ 40.000,00 = 80% x R\$ 50.000,00) e pela parte ré (R\$ 10.000,00 = 20% x R\$ 50.000,00) corresponde a R\$ 30.000,00

(trinta mil reais), sendo menor do que a soma dos custos de litigância das partes (R\$ 35.000,00 = R\$ 25.000,00 + R\$ 10.000,00), o que é necessário para que o acordo seja realizado, como esclarecido acima.

Em seguida, Luiz Fux e Bruno Bodart comprovam de forma simples e clara o impacto do aumento do benefício pretendido no conflito nas chances de acordo, caso sejam mantidos tanto os custos de litigância e as respectivas percepções das partes acerca das chances de êxito da parte autora. Isso porque, caso o benefício pretendido no conflito seja fixado em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) – o dobro do primeiro cenário, o preço de reserva da parte autora será de R\$ 55.000,00 (cinquenta e cinco mil reais) e o preço de reserva da parte ré equivalerá a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), inviabilizando o acordo por dois motivos: i) o preço de reserva da parte autora se tornou maior do que o preço de reserva da parte ré, ou seja, o maior valor que esta aceitaria pagar é inferior ao menor valor do que aquela aceitaria receber; ii) a diferença do julgamento esperado pela parte autora (R\$ 80.000,00 = 80% x R\$ 100.000,00) e pela parte ré (R\$ 20.000,00 = 20% x R\$ 100.000,00) corresponde a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), sendo maior do que a soma dos custos de litigância das partes (R\$ 35.000,00 = R\$ 25.000,00 + R\$ 10.000,00), o que também não pode ocorrer⁸².

Além dos fatores supramencionados, existem outros fatores que podem tornar o ambiente de autocomposição mais favorável ou menos favorável, quais sejam, quando há urgência em solucionar o conflito porque reduz o valor da sentença futura, quando os custos para continuar a negociação aumentam de forma excessiva e quando o prosseguimento das tratativas de acordo, por si só, resulta em algum benefício para uma das partes tanto endoprocessual quanto extraprocessual.

Considerando que a assimetria de informação pode obstaculizar a celebração de acordo, seria recomendável a implementação de incentivos normativos (*payoffs*) para que as partes apresentem todas as provas que possuem no início das tratativas de acordo. Ocorre situação semelhante na legislação norte-americana que, por meio do *discovery*, as partes devem apresentar todas as provas que possuem, sob pena de não poderem utilizá-la, posteriormente, no processo⁸³.

⁸² FUX, Luiz. BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 58.

⁸³ Rule 37 (c) (1) of *Federal Rules of Civil Procedure*. Failure to Disclose or Supplement. “If a party fails to provide information or identify a witness as required by Rule 26 (a) or (e), the party is not allowed to use that information or witness to supply evidence on a motion, at a hearing or at a trial, unless the failure was substantially justified or is harmless [...]”. Disponível em: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_-_december_2020_0.pdf>. Acesso em: 06 de jul. 2022.

Nesse sentido, seria possível vislumbrar a implementação de um incentivo normativo semelhante na legislação processual brasileira para que a parte ré apresente na primeira audiência de mediação todas as provas que utilizará em sua defesa a fim de compensar a assimetria de informação da parte autora, partindo da premissa que a parte ré possui ciência de todos os argumentos e provas utilizados pela parte autora que foram apresentados na petição inicial. No caso de não celebração de acordo, o mediador consignaria na ata de audiência de mediação todas as provas apresentadas pela parte ré que teria até 48 (quarenta e oito) horas para acostá-la aos autos, sem prejuízo do oferecimento da contestação no prazo legal.

Além de contribuir na diminuição da assimetria de informação, a sugestão proposta no presente estudo estimularia as partes se prepararem, efetivamente, para audiência de mediação, refletindo sobre os aspectos objetivos e subjetivos mencionados neste capítulo, aumentando as chances de celebração de acordo. Ressalte-se, novamente, que não se pretende extirpar a audiência de mediação do Procedimento Comum, mas que sejam adotadas medidas que a tornem produtivas, e não uma mera formalidade em que as partes e seus respectivos advogados se encontram para dar início ao prazo da contestação.

Como dito, o insucesso das audiências de mediação pode resultar no descrédito do instituto da mediação perante a sociedade, sendo inadmissível continuar a correr esse risco, tendo em vista o enorme potencial da mediação para contribuir com a pacificação social, desde que obedecidas as suas peculiaridades e utilizá-la aos conflitos aos quais, efetivamente, se destinam.

Além da assimetria da informação, a análise econômica do processo civil assevera que há elementos comportamentais que podem impactar nas chances de as partes celebrarem um acordo, tais como convenções sociais, viés de autointeresse, seleção pelo mercado de advocacia, efeito *deadline*, psicologia hedônica e efeito de subaditividade. Dentre esses elementos, merecem destaque o viés de autointeresse e a psicologia hedônica.

O viés de autointeresse (*self-serving bias*) é uma interpretação restrita dos fatos em que a pessoa seleciona as informações que atenda aos seus próprios interesses, sendo essa conduta uma tendência natural do ser humano. Em virtude de não ser intencional a exclusão de informações relevantes sobre os fatos ocorridos que podem ser prejudiciais aos seus interesses e refutar suas próprias conclusões, a pessoa acredita que está realizando uma análise objetiva e imparcial. Corolário lógico, há um excesso de otimismo sobre as chances de êxito da demanda, refletindo no aumento do preço de reserva do autor e diminuição do preço de reserva do réu, podendo eliminar a zona de acordo.

A psicologia hedônica consiste na investigação do sentimento particular de cada indivíduo em relação a sua própria vida, bem como o que pode tornar melhor ou pior esse sentimento. Ocorre que, foi constatado que as pessoas possuem dificuldades em prever os impactos de eventos futuros em seu bem-estar, pois possuem uma tendência de atribuir mais relevância aos aspectos da vida que serão alterados, olvidando-se dos aspectos que serão mantidos, o que pode levar a uma previsão mais pessimista, sendo esse fenômeno denominado “ilusão focal”. Por outro lado, verificou-se que, apesar de alterações transitórias para melhor ou para pior, o nível de satisfação do ser humano costuma ser constante, demonstrando a capacidade de adaptação do ser humano, o que é definido como “adaptação hedônica”⁸⁴.

Os estudos da psicologia hedônica associada a análise econômica do processo civil revelaram que o sentimento de justiça, a satisfação e a percepção do dano podem afetar a propensão das partes na realização de acordos, razão pela qual é recomendável demonstrar as partes que determinados acordos podem preencher esse sentimento de justiça e aumentar o seu bem-estar. Por outro lado, há de se ter cautela para que esses sentimentos não se exacerbem, sob pena de resultar em animosidades entre as partes durante as tratativas de acordo que culminará no insucesso das tratativas, podendo refletir em um apego ao litígio, inclusive na ausência de aceitação de decisões judiciais desfavoráveis e interposição excessiva de recursos.

Neste cenário de aspectos objetivos e subjetivos identificados pela análise econômica do processo civil, o advogado possui um papel muito relevante. É cediço que muitos cidadãos não possuem ciência dos seus direitos em virtude da barreira educacional que foi analisada com profundidade por Mauro Cappelletti, sendo ainda menores as chances de terem ciência de todos esses aspectos que impactam na celebração de acordo tanto no aspecto da mediação quanto no aspecto da análise econômica do processo civil.

Assim sendo, é indispensável que o advogado informe a seu cliente todos esses aspectos a fim de permitir que a melhor decisão seja adotada, atendendo as peculiaridades do caso concreto. Para tanto, o advogado necessitaria se aprofundar nos estudos de mediação e de análise econômica do processo civil para ter ciência desses fatores, sem olvidar de pesquisar o direito material aplicado ao caso concreto e o posicionamento jurisprudencial, o que possibilitará aparar as arestas e, principalmente, não permitir que o nível de otimismo e o sentimento de justiça prejudique a percepção do próprio cliente sobre as chances de êxito da

⁸⁴ FUX, Luiz. BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 68.

demanda que, como suso mencionado, alteram o preço de reserva das partes e a zona de acordo.

A recomendação de cautela com o nível de otimismo é destinada tanto às partes quanto aos advogados. Por um lado, os advogados muito otimistas podem obter acordos com termos mais favoráveis aos seus clientes, se conseguirem convencer os advogados da parte adversa que seus clientes possuem boas chances de êxito na demanda, por outro lado, advogados muito otimistas podem avaliar os aspectos ora abordados de forma incorreta e influenciar negativamente o seu cliente que terá uma percepção muito otimista do conflito, aumentando em demasia as suas expectativas e inviabilizando o acordo. Portanto, um advogado mais consciente das peculiaridades do conflito e equilibrado em relação as suas emoções possui mais capacidade de mitigar os aspectos subjetivos que podem impedir as partes de adotarem uma decisão racional, tais como o viés de autointeresse e o sentimento de justiça exacerbado, e, por conseguinte, as chances de um acordo aumentam.

Um fator relevante que pode impactar o papel do advogado durante as tratativas de acordo é a sua forma de remuneração. Isso porque, caso a remuneração do advogado seja vinculada, exclusivamente, ao êxito do acordo ou da demanda, a parte autora possuirá uma tendência de apresentar uma proposta de acordo maior a fim de englobar a quantia que gostaria de receber e os honorários advocatícios contratuais. Ademais, em virtude de o vencido arcar com as despesas processuais e os honorários advocatícios de sucumbência, é possível que advogados aconselhem os seus clientes a não celebrarem acordos, vislumbrando que obterão maiores benefícios ao final do processo com o montante resultante dos honorários advocatícios contratuais de êxito mais os honorários advocatícios de sucumbência. Por outro lado, advogados que conduzem os seus clientes a celebrarem acordos a fim de evitar os custos de litigância e eventual decisão desfavorável constroem boas reputações, atraindo novos clientes e maiores remunerações⁸⁵.

O presente estudo pretendeu demonstrar, neste capítulo, a contribuição da análise econômica do processo civil para um debate mais profundo acerca da audiência de mediação sob diversos aspectos, notadamente a complexidade da cooperação, seja pelos deveres cooperativos criados pela literatura clássica do processo civil, os quais não são aceitos pela análise econômica do processo civil, seja pela tendência natural do ser humano de não ser cooperativo. Ademais, foram abordadas questões específicas de negociação, tais como os elementos necessários para fixação do preço de reserva e identificação da zona de acordos

⁸⁵ FUX, Luiz. BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 71.

(*settlement range*), sem olvidar da possibilidade de a assimetria de informação e alguns fatores comportamentais diminuir as chances de celebração de acordo.

Assim sendo, restou demonstrado a necessidade de se implementar incentivos normativos (*payoffs*) específicos a fim de incentivar o comportamento cooperativo em todas as etapas processuais, inclusive na audiência de mediação, e a adoção de medidas que permitam a audiência de mediação ser mais profícua. Uma dessas medidas seria elevar os custos de litigância para diminuir o preço de reserva da parte autora e aumentar as chances de a diferença entre o julgamento esperado pela parte autora e pela parte ré ser inferior a soma dos custos de litigância, garantindo a existência da zona de acordo, permitindo que as partes percebam que encerrar o conflito pode ser vantajoso para ambas as partes, prestigiando um dos pilares da mediação que é alcançar uma solução que possua benefício mútuo.

De toda forma, o posicionamento da literatura sobre análise econômica do processo civil é no sentido de que não é recomendável uma audiência de mediação obrigatória, tendo em vista que infringe a autonomia da vontade das partes que é um dos princípios basilares da mediação (art. 2º, inciso V, da Lei de Mediação)⁸⁶. Portanto, é necessário buscar alternativas a mediação judicial.

No capítulo a seguir, será abordado o fenômeno da Desjudicialização com ênfase na mediação nas serventias extrajudiciais e na mediação pré-processual com o intuito de demonstrar que há outros meios de promover a mediação sem a dependência do Poder Judiciário.

3. MEDIAÇÃO E A DESJUDICIALIZAÇÃO

3.1. Desjudicialização

A análise econômica do processo civil revelou não ser recomendável uma audiência de mediação obrigatória em razão dos diversos aspectos naturais e jurídicos que podem influenciar o comportamento das partes, sendo necessário a implementação de incentivos normativos (*payoffs*) para que, direta e indiretamente, a cooperação seja estimulada em todas

⁸⁶ “A mediação obrigatória não é imune a críticas: para uma parcela dos estudiosos, a obrigatoriedade contradiz a natureza consensual e participativa desse mecanismo, gerando o risco de coerção para acordos”. FUX, Luiz. BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 83.

as fases do processo, inclusive na audiência de mediação, nos casos em que, concretamente, seja recomendável fazê-la.

Assim sendo, é mister investigar alternativas para utilização da mediação que prescindam de um processo judicial. Antes de adentrar na mediação realizada pelas serventias extrajudiciais e na mediação pré-processual, faz-se necessário tecer breves ponderações sobre a desjudicialização a fim de melhor compreender que a mediação e a efetivação da garantia constitucional de acesso à justiça não estão restritas ao Poder Judiciário.

A desjudicialização decorre da busca pela descentralização da solução dos conflitos que outrora se circunscrevia ao Poder Judiciário, notadamente em razão de a Constituição Federal de 1988 dispor no artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Contudo, não é crível responsabilizar a Constituição Federal de 1988 pela hiperjudicialização, sendo recomendável compreender a indiscutível relevância dessa garantia constitucional à época, após diversas interferências a muitas instituições durante o período da Ditadura Militar, razão pela qual houve a necessidade de positivizar diversos direitos fundamentais a fim de preservar o Estado Democrático de Direito.

Nas últimas duas décadas, notadamente após a criação do Conselho Nacional de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/04, inúmeros atos normativos buscaram descentralizar a solução dos conflitos do Poder Judiciário, inclusive atribuindo às serventias extrajudiciais competência para contribuir com diversas questões relevantes para sociedade, tais como divórcio extrajudicial, inventário extrajudicial, registro tardio de nascimento, usucapião extrajudicial, mediação nas serventias extrajudiciais – tema que será abordado no próximo subcapítulo – e alteração de prenome e sexo no registro de nascimento em virtude de transexualidade, sem olvidar do relevante Projeto de Lei nº 6.204/2019 sobre a desjudicialização da execução civil.

Essa evolução legislativa decorre do amadurecimento paulatino do conceito de Justiça Multiportas, no qual se insere o fenômeno da desjudicialização. A mudança de paradigma de acesso ao Poder Judiciário para acesso à justiça está representada no artigo 3º do Código de Processo Civil vigente ao dispor que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, além de fazer alusão expressa à conciliação, arbitragem e mediação, destacando a necessidade de o Estado fomentar a utilização dos métodos adequados de solução de conflitos.

As serventias extrajudiciais exercem as suas atividades em consonância com o princípio da legalidade, inclusive com fiscalização do Poder Judiciário. Interessante notar que

o artigo 236 da Constituição Federal de 1988 dispõe que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, sendo necessário a realização de concurso público de provas e títulos para ingresso na atividade notarial e de registro. Não obstante a desjudicialização possuir atributos para potencializar o acesso à justiça, há uma preocupação com as garantias fundamentais do processo nos procedimentos desjudicializados, razão pela qual a doutrina desenvolveu o denominado devido processo legal extrajudicial.

Em suma, o devido processo legal extrajudicial é a aplicação do devido processo legal pelas serventias extrajudiciais com ênfase para as seguintes características: i) imparcialidade e independência dos agentes competentes; ii) controle externo; iii) publicidade; iv) previsibilidade do procedimento; v) contraditório⁸⁷.

A imparcialidade e a independência no exercício dos atos decisórios são indispensáveis para o compartilhamento da função jurisdicional, inclusive nos casos das serventias extrajudiciais, não sendo recomendável nenhuma espécie de subordinação hierárquica entre os delegatários e órgãos públicos, em consonância com o Estado Democrático de Direito. A necessidade de imparcialidade e de independência dos registradores e tabeliães está prevista nos artigos 27 e 28 da Lei Federal nº 8.935/94.

A imparcialidade e a independência não se contrapõem ao controle externo consubstanciado na fiscalização das serventias extrajudiciais pelos Tribunais de Justiça dos Estados e pelo Conselho Nacional de Justiça, nos termos dos artigos 236 da Constituição Federal e 48 do Regimento Interno do CNJ. Essa fiscalização decorre do fato de que as serventias extrajudiciais realizam serviços públicos, inobstante serem prestados em caráter privado, razão pela qual é salutar a convivência pacífica da imparcialidade e da independência pelos delegatários e do controle externo pelo Poder Judiciário.

A publicidade é uma característica essencial dos atos praticados pelas serventias extrajudiciais, nos termos dos artigos 16 a 21 da Lei nº 6.015/73 e artigo 1º da Lei nº 8.935/94, contribuindo para transparência dos serviços prestados, permitindo o acesso de informações por toda sociedade e a fiscalização pelos órgãos competentes. Dentre os atos praticados pelas serventias extrajudiciais que necessitam da mitigação da regra geral de publicidade, é possível mencionar a mediação, conforme será abordado no próximo subcapítulo.

⁸⁷ HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização e acesso à justiça além dos tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. 22, n. 1 (2021). Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/56701>>. Acesso em: 02 dez. 2022, p. 391.

A previsibilidade do procedimento está associada à segurança jurídica a fim de evitar qualquer tipo de surpresa para o cidadão que possui o direito de ter conhecimento prévio do procedimento a ser realizado pela serventia extrajudicial, inclusive para avaliar se um determinado procedimento é o mais adequado na defesa dos seus interesses. Por fim, a garantia constitucional ao contraditório – na concepção atual de contraditório participativo no sentido de influenciar o desfecho do processo – é indispensável para o devido processo legal extrajudicial, sendo relevante destacar a incidência do contraditório nos processos administrativos (artigo 2º da Lei nº 9.784/99), apesar de não existir, necessariamente, uma prestação jurisdicional na seara administrativa.

Verifica-se das ponderações sobre o devido processo legal extrajudicial que as características essenciais para o regular compartilhamento da jurisdição, no Estado Democrático de Direito, são preenchidas há algumas décadas pelas serventias extrajudiciais, notadamente em razão das disposições previstas na Lei nº 6.015/73 e na Lei nº 8.935/94. Esse cenário prévio demonstra que a convergência da desjudicialização para as serventias extrajudiciais é corolário lógico do amadurecimento da Justiça Multiportas, o que fomenta o acesso à justiça, sem olvidar das garantias fundamentais do processo. Não é demasiado destacar que os advogados precisam conhecer os procedimentos extrajudiciais e compreender que a desjudicialização se encontra na intersecção entre o Direito Processual e o Direito Notarial e Registral para que, em paralelo a necessária ampliação da cooperação entre o Poder Judiciário e as serventias extrajudiciais, uma maior quantidade de cidadãos seja beneficiada pela desjudicialização⁸⁸.

Diante da comprovação de ausência de déficit garantístico na atuação das serventias extrajudiciais, é forçoso concluir que se trata tão somente de uma racionalização do sistema de justiça e de entrega da prestação jurisdicional estatal, revelando um verdadeiro redimensionamento do princípio do acesso à justiça, em consonância com os princípios da efetividade e da adequação⁸⁹. Na concepção atual de acesso à justiça, não há dúvidas sobre a

⁸⁸ “Não podemos nos contentar, portanto, em reconhecer na desjudicialização simplesmente uma possibilidade de o jurisdicionado sair do Poder Judiciário e, assim, contribuir para a redução de sua sobrecarga. É preciso zelar para que a desjudicialização resguarde as garantias fundamentais do processo, que representam conquistas inegociáveis da ciência processual. Trata-se, pois, de permitir que o jurisdicionado saia do Poder Judiciário pela porta da frente, e, também por outras veredas, sem déficit garantístico, tenha acesso à ordem jurídica justa. Essa é a nossa missão”. HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização e acesso à justiça além dos tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. 22, n. 1 (2021). Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/56701>>. Acesso em: 02 dez. 2022, p. 405.

⁸⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade. In: *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ*. Vol. 21, nº 3, set./dez. 2019. Disponível em:

existência de prestação jurisdicional nos métodos adequados de solução de conflitos, independentemente de vinculação com o Poder Judiciário, pois o fator relevante é a atividade possuir as características típicas da jurisdição⁹⁰. Com o intuito de elucidar a evolução da desjudicialização, cumpre destacar alguns dos principais procedimentos extrajudiciais que se restringiam ao Poder Judiciário.

A Lei nº 11.441/07 permitiu a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual nas serventias extrajudiciais através de alterações realizadas no Código de Processo Civil de 1973, prestigiando a jurisdição voluntária, nos casos em que não há conflito de interesses entre pessoas maiores e capazes. Desse modo, buscou-se retirar do âmbito do Poder Judiciário os processos que não demandam uma decisão de mérito e não necessitam de medidas coercitivas, pois, em determinados casos, o Poder Judiciário tem uma atuação de natureza meramente burocrática e homologatória da manifestação de vontade dos interessados. Portanto, a Lei nº 11.441/07 foi bastante relevante para a desjudicialização, possibilitando a celebração de atos da vida civil com maior celeridade através de escritura pública.

Em sua redação original, o artigo 982 do CPC/73 dispunha que o inventário seria judicial, mesmo que todas as partes fossem capazes, tendo a Lei nº 11.441/07 alterado a redação do seu *caput* para constar a possibilidade de se realizar inventário e partilha por escritura pública, quando preenchidos os requisitos legais aludidos acima, o que revela o caráter facultativo desse procedimento que foi ratificado no artigo 610, § 1º, do Código de Processo Civil vigente.

A escritura pública tanto de inventário e de partilha quanto de separação e de divórcio consensuais não dependem de homologação judicial, em consonância com o artigo 1.124-A do CPC/73 (incluído pela Lei nº 11.441/07), tendo o artigo 733, § 1º, do Código de Processo Civil vigente mantido esse entendimento, sendo, entretanto, necessária a participação de um advogado. No mesmo sentido, não há necessidade de expedição de alvará judicial, pois a escritura pública é um instrumento apto para transferência de propriedade de imóveis e regularização da transferência de bens móveis⁹¹.

<https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_241.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2022, p. 248.

⁹⁰ “Jurisdição, na atualidade, não é mais poder, mas apenas função, atividade e garantia. E, sobretudo, seu principal indicador é o de garantia do acesso à justiça, estatal ou não, e seu objetivo, o de pacificar com justiça”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade, fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 20.

⁹¹ “Entendimento diverso conduziria ao contrassenso de compelir os interessados a dirigir-se ao Judiciário a fim de obter os respectivos alvarás, em interpretação manifestamente contrária ao escopo da nova lei, eis que ocasionaria desnecessária delonga e esvaziaria a eficácia da via extrajudicial, criada para constituir uma via

A realização do registro tardio de nascimento diretamente nas serventias extrajudiciais que possuem atribuição de Registro Civil de Pessoas Naturais foi permitida através da Lei nº 11.790/08 que alterou o artigo 46 da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos). O registro de nascimento é considerado tardio, quando ultrapassado o prazo de 15 (quinze) dias ou, nos lugares distantes mais de trinta quilômetros da sede do cartório, de 3 (três) meses do nascimento, em consonância com o artigo 50 da Lei de Registros Públicos.

Antes da Lei nº 11.790/08, o despacho do juiz competente do lugar da residência do interessado era indispensável para o registro tardio de nascimento para os maiores de 12 (doze) anos⁹². Atualmente, qualquer dos legitimados pode instaurar o procedimento administrativo perante o Oficial Registrador do local de sua residência e instruir o requerimento com provas suficientes que atestem a ausência de registro de nascimento anterior, sendo despicienda a participação de um advogado, apesar da necessidade de o requerimento ser assinado por 2 (duas) testemunhas que atestem a veracidade de ausência de registro anterior, e não apenas presenciem o ato do registro. Dentre os documentos necessários, destacam-se: i) a Declaração de Nascido Vivo (DNV); ii) a declaração dos pais do registrando com a assertiva de que não houve registro de nascimento anterior.

É recomendável que o Oficial Registrador realize diligências a fim de confirmar a ausência de registro de nascimento anterior, sendo possível realizar contato com os cartórios do lugar do nascimento e do lugar da residência dos pais à época do nascimento, bem como realizar pesquisas em banco de dados de órgãos públicos. No caso de dúvida, o Oficial Registrador poderá requerer ao juízo competente as providências que forem cabíveis para esclarecimento do fato e, persistindo a suspeita, o Oficial Registrador encaminhará os autos ao juízo competente, nos termos dos artigos 52, § 2º, e 46, § 4º, da Lei de Registros Públicos, respectivamente.

Desse modo, assim como ocorre no divórcio consensual e no inventário consensual – desde que preenchidos os requisitos previstos na Lei nº 11.441/07 –, também resta nítido o caráter subsidiário do Poder Judiciário acerca do registro tardio de nascimento. Portanto, nos casos em que os interessados apresentarem provas que atestem a veracidade de suas

autônoma”. HILL, Flávia Pereira. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Inventário Judicial ou Extrajudicial; Separação e Divórcio Consensuais por Escritura Pública - Primeiras Reflexões sobre a Lei nº 11.441/07. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. Vol. 50. São Paulo: Oliveira Rocha, maio 2007. p. 51.

⁹² “A necessidade de instauração de processo judicial tinha como escopo evitar a duplicidade do registro, na medida em que cabia ao magistrado aferir a inexistência de registro anterior de nascimento, para que, somente após, autorizasse a lavratura, pelo cartório, do registro tardio de nascimento dos maiores de doze anos”. HILL, Flávia Pereira. A desjudicialização do procedimento de registro tardio de nascimento. Inovação trazidas pela Lei Federal nº 11.790/08. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. 2, n. 2 (2008). Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23731>>. Acesso em: 25 dez. 2022, p. 125.

informações, o Oficial Registrador poderá realizar a lavratura do assento com a devida expedição da certidão de nascimento, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

Por fim, mas não menos importante, merece destaque o Projeto de Lei nº 6.204/2019 sobre a desjudicialização da execução civil. Não obstante as alterações no Código de Processo Civil de 1973 que resultaram no processo sincrético, transformando a atividade satisfativa em uma fase do processo, não é raro a execução se desenvolver de forma muito vagarosa, o que pode contribuir para um resultado infrutífero. Assim sendo, o escopo da desjudicialização da execução civil é permitir a satisfação do crédito exequendo de forma célere, sendo certo que o princípio da duração razoável do processo também se aplica a atividade satisfativa.

Dentre as principais características da desjudicialização da execução civil, nos termos do Projeto de Lei nº 6.204/2019, é possível destacar as seguintes. O procedimento será cabível nas hipóteses de obrigação de pagar quantia líquida, certa e exigível que conste em títulos executivos judiciais e extrajudiciais, desde que ocorra o trânsito em julgado da decisão e o título seja previamente protestado⁹³ (arts. 6º e 14), mas é vedada a utilização desse procedimento nas obrigações sujeitas a termo ou condição ainda não verificada (art. 6º, par. único), bem como se uma das partes for incapaz, condenado preso ou internado, pessoa jurídica de direito público, massa falida e insolvente civil (art. 1º, par. único). Ressalte-se que esse procedimento será obrigatório para as execuções novas e facultativo para as execuções judiciais pendentes em que o exequente poderá requerer a remessa à via extrajudicial (art. 25). Em qualquer das hipóteses, haverá a necessidade de o exequente ser assistido por um advogado (art. 2º).

Ademais, cumpre destacar a relevante figura do agente de execução que consistirá em um profissional que não integra os quadros do Poder Judiciário, mais especificamente, o tabelião de protesto (art. 3º) que poderá substabelecer a prática de atos executivos a substitutos e escreventes devidamente credenciados (art. 4º, § 3º). Todos que atuarem como agentes de execução precisarão realizar curso de capacitação que será organizado pelo Conselho Nacional de Justiça, tribunais estaduais e entidade representativa dos tabeliães de protesto de âmbito nacional.

⁹³ “O prévio protesto tanto do título executivo extrajudicial quanto do judicial foi erigido como condição *sine qua non* para a execução extrajudicial (art. 6º). Entendemos, contudo, que a exigência é justificável para a execução fundada em título executivo extrajudicial, mas não nos parece razoável para os títulos judiciais, especialmente porque já terá sido realizada, em juízo, a intimação para pagamento, na forma do artigo 523 do CPC/15. Trata-se, pois, no tocante ao título judicial, uma formalidade excessiva, que burocratiza e encarece desnecessariamente o procedimento”. HILL, Flávia Pereira. A desjudicialização da execução civil: reflexões sobre o projeto de lei nº 6.204/2019. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. 21, n. 3 (2020). Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/54202/34876>>. Acesso em: 31 dez. 2022, p. 183.

Como bem destacado por Flávia Hill, ao refletir sobre a excelente oportunidade de fomentar o acesso à justiça em que também se insere a atividade satisfativa, não havia necessidade de o Projeto de Lei nº 6.204/2019 restringir o agente de execução ao tabelião de protesto, tendo em vista que há menos tabelionatos de protesto (aproximadamente 4.000) do que municípios (5.570) no Brasil, enquanto há aproximadamente 14.000 serventias extrajudiciais e, em alguns municípios, tem-se a figura do cartório extrajudicial único que presta todos os serviços extrajudiciais.

Para além de uma questão quantitativa que deve ser observada, faz-se necessário destacar que o próprio procedimento de desjudicialização da execução civil pode demandar atos jurídicos diversos praticados por serventias extrajudiciais que possuem atribuições distintas, tais como protesto do título executivo, notificação extrajudicial e registro de penhora e de arresto de bem imóvel. Assim sendo, é forçoso que a competência para processar a desjudicialização da execução civil seja ampliada para todas as serventias extrajudiciais, inclusive porque o concurso público para ingresso nas atividades notariais e registras é único, abarcando todas as atribuições, razão pela qual é possível concluir que todos os delegatários aprovados no concurso estão aptos a participar da desjudicialização da execução civil⁹⁴.

É possível destacar, ainda, outros aspectos relevantes do Projeto de Lei nº 6.204/2019, tais como a fixação do tabelionato de protestos competente para processar o procedimento de desjudicialização da execução civil (art. 7º) – objeto de debate em razão de divergir dos artigos 516 e 781 do Código de Processo Civil que dispõem sobre o juízo competente para execução de título judicial e extrajudicial, respectivamente – e meios de impugnação em que há um escalonamento, iniciando-se por uma etapa extrajudicial perante o agente de execução e, caso necessário, uma etapa judicial (arts. 19 e 21), garantindo às partes a submissão do incidente contencioso ao juízo cível competente, nos casos em que ocorrer um conflito de interesses que transcenda os poderes do agente de execução⁹⁵.

Verifica-se, portanto, que a desjudicialização possui um enorme potencial de contribuir com o acesso à justiça e reduzir a elevada taxa de congestionamento do Poder Judiciário que persiste hodiernamente, inobstante os novos institutos jurídicos previstos no Código de Processo Civil de 2015. Nesse sentido, devem ser enaltecidas todas as propostas que visam a desjudicialização, desde que estejam em consonância com o devido processo

⁹⁴ HILL, Flávia Pereira. A desjudicialização da execução civil: reflexões sobre o projeto de lei nº 6.204/2019. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. 21, n. 3 (2020). Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/54202/34876>>. Acesso em: 31 dez. 2022, p. 190.

⁹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Projeto legislativo de desjudicialização da execução civil. In: *Migalhas*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/332358/projeto-legislativo-de-desjudicializacao-da-execucao-civil>>. Acesso em: 05 jan. 2023.

legal extrajudicial, não sendo admissível qualquer violação das garantias fundamentais do processo nos atos praticados pelas serventias extrajudiciais, sob pena de acarretar uma retroalimentação de ações judiciais para debater eventuais nulidades dos procedimentos desjudicializados.

3.2. Mediação nas serventias extrajudiciais

No primeiro capítulo do presente estudo, foi abordado a evolução do instituto da mediação no Brasil, do início dos estudos no meio acadêmico em que não havia apoio de outros segmentos, principalmente do Poder Judiciário, ao protagonismo atual ao ponto de ter sido incluída como norma fundamental do processo civil (art. 3º, § 3º, do CPC). Esse prestígio da mediação decorreu da mudança de mentalidade do Poder Judiciário decorrente da criação do Conselho Nacional de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/04, em que houve um aumento de interesse por estatísticas processuais e constatou-se a elevada taxa de congestionamento. Em seguida, a Resolução nº 125/2010 do CNJ determinou aos tribunais a implementação de conciliação e mediação no prazo de 12 (doze) meses.

Dentre os diversos aspectos que a Lei da Mediação (Lei nº 13.140/15) disciplina – alguns abordados no primeiro capítulo do presente estudo – a possibilidade de realização de mediação nas serventias extrajudiciais é mencionada em seu artigo 42⁹⁶, o qual foi regulamentado pelo Provimento nº 67/2018 do Conselho Nacional de Justiça. Interessante notar que houve uma tentativa de incluir os métodos extrajudiciais de solução de conflitos como um direito fundamental através da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 108/2015 que, em sua redação original, incluiria o inciso LXXIX no artigo 5º da Constituição Federal. Entretanto, essa PEC foi arquivada em dezembro de 2018 sem ter sido votada pelo Congresso Nacional e, atualmente, o inciso LXXIX no artigo 5º da Constituição Federal aborda o direito fundamental à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

Diante do aumento gradativo de atribuições das serventias extrajudiciais, conforme abordado no subcapítulo anterior, a mediação nas serventias extrajudiciais se torna um caminho natural, tendo em vista que, após 7 (sete) anos de vigência do atual Código de

⁹⁶ Art. 42 da Lei nº 13.140/15: “Aplica-se esta Lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências”.

Processo Civil e intensas reflexões sobre as questões atinentes à audiência de mediação, se tornou evidente que o Poder Judiciário não pode centralizar o exercício da mediação.

O Provimento nº 67/2018 do CNJ foi precedido da Consulta nº 0003416-44.2016.2.00.0000 do CNJ em que se pretendeu esclarecer duas indagações: i) a possibilidade de os tabeliães e registradores realizarem conciliações e mediações voluntariamente no âmbito judicial; ii) a viabilidade de as serventias extrajudiciais prestarem, diretamente, os serviços de conciliação e de mediação. A primeira indagação foi respondida positivamente, por se tratar de uma participação voluntária nas dependências do Poder Judiciário, enquanto a segunda foi no sentido de necessidade de prévia normatização pelo Conselho Nacional de Justiça, garantindo a padronização e a adequada fiscalização dos serviços, o que se concretizou por meio do Provimento nº 67/2018 do CNJ.

Verifica-se, portanto, a relevância do Conselho Nacional de Justiça para mediação no Brasil, tendo em vista a Resolução nº 125/2010 que foi preponderante para o desenvolvimento da mediação judicial, precedendo a própria Lei da Mediação, e, após 8 (oito) anos daquele ato normativo, regulamentou a mediação nas serventias extrajudiciais. Ademais, no estágio atual do ordenamento jurídico brasileiro, não há dúvidas sobre o poder de o Conselho Nacional da Justiça expedir atos de natureza normativa primária que possui força de lei⁹⁷.

Inicialmente, cumpre destacar que, apesar de o artigo 36 do Provimento nº 67/2018 do CNJ fazer alusão expressa à mediação extrajudicial, quando dispõe sobre os emolumentos, há outros artigos que disciplinam matérias que aproxima a mediação prevista nesse diploma legal da mediação judicial. Quanto aos aspectos da mediação judicial, merecem destaque o curso de capacitação dos mediadores e o cadastro dos mediadores nos tribunais, bem como a autorização e fiscalização por parte das Corregedorias Gerais de Justiça (CGJ) e dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC). Por outro lado, dentre os aspectos de mediação extrajudicial, merece destaque o local em que a mediação é realizada, bem como a independência administrativa, financeira e gerencial das serventias extrajudiciais.

Nesse contexto, Flávia Hill conclui que o Provimento nº 67/2018 do CNJ disciplina um regime híbrido de mediação⁹⁸ em razão de possuir aspectos de mediação judicial e extrajudicial, sendo imperioso adentrar nas minúcias desse ato normativo para uma melhor

⁹⁷ GOMES, Marcus Livio; SILVA, Eduardo Souza Pacheco Cruz. Política Judiciária Nacional contra a alta litigiosidade tributária. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. 24, nº 1. Jan-Abr 2023. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/2850>>. Acesso em: 16 jan. 2023, p. 367.

⁹⁸ HILL, Flávia Pereira. Mediação nos Cartórios Extrajudiciais: desafios e perspectivas. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. 19, nº 3. Set-Dez 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/39175/27450>>. Acesso em: 17 jan. 2023, p. 304.

compreensão. Ademais, em virtude da possibilidade de se realizar acordos tanto no âmbito judicial quanto no âmbito extrajudicial, é muito recomendável fomentar a cooperação entre o Poder Judiciário e as serventias extrajudiciais em prol de vantagens mútuas⁹⁹.

3.2.1. Mediadores, partes e advogados

A mediação se destaca pela sua interdisciplinaridade e a formação jurídica não é indispensável para ser um mediador, razão pela qual é possível que profissionais de diversas áreas atuem como mediadores, desde que preencham os demais requisitos. O mediador judicial pode ser qualquer pessoa capaz com ensino superior completo há mais de 2 (dois) anos que tenha realizado o curso de capacitação e esteja cadastrado no tribunal (arts. 11 e 12 da Lei da Mediação e art. 167 do CPC).

Uma peculiaridade da mediação nas serventias extrajudiciais é a exigência legal de graduação em Direito para os registradores e tabeliães (art. 3º da Lei nº 8.935/94). Assim sendo, ao contrário do que ocorre na mediação judicial, o mediador da serventia extrajudicial será, essencialmente, um profissional com formação jurídica, o que pode contribuir para uma melhor compreensão dos aspectos jurídicos atinentes ao caso concreto e melhor identificação dos pontos divergentes na busca da evolução do diálogo, bem como na análise de viabilidade de cumprimento de eventual acordo. Ademais, em razão de o termo de acordo ter a natureza jurídica de um título executivo extrajudicial (art. 22, par. único, do Provimento nº 67/2018 do CNJ e art. 784, IV, do CPC), a formação jurídica dos registradores e tabeliães reduz as chances de o termo de mediação ter obscuridades e, por conseguinte, ser ajuizada uma ação judicial decorrente de interpretações divergentes do termo de acordo.

Nas serventias extrajudiciais, poderão atuar como mediadores os escreventes indicados pelo delegatário que precisarão estar cadastrados no Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), o qual ficará responsável pela publicação anual de dados sobre a atuação dos mediadores, tais como o número de causas de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade e a matéria sobre a qual versou a controvérsia. A mediação nas serventias extrajudiciais será fiscalizada pela Corregedoria

⁹⁹ ARAUJO, Valter Shuenquener de; GOMES, Marcus Livio; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. O papel do CNJ no avanço da consensualidade no Brasil. In: *Consultor Jurídico (CONJUR)*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-12/opiniao-papel-cnj-avanco-consensualidade-brasil>>. Acesso em: 20 jan. 2023.

Geral de Justiça e pelo juiz coordenador do CEJUSC (art. 5º do Provimento nº 67/2018 do CNJ).

Em virtude da necessidade de o processo de autorização para as serventias extrajudiciais realizarem mediação e conciliação ser regulamentado pelo NUPEMEC e pela CGJ de cada tribunal de justiça estadual, bem como em razão da determinação de elaboração de cadastros dos mediadores nos tribunais, uma reflexão que se apresenta é que seria de bom alvitre uma uniformização de procedimentos pelos tribunais estaduais brasileiros¹⁰⁰. Ademais, diante dessa aproximação com a mediação judicial, a Recomendação nº 28/2018 do CNJ sugere que os tribunais celebrem convênios com as serventias extrajudiciais para que se credenciem como CEJUSC e possam realizar a audiência de mediação prevista no artigo 334 do CPC, o que afastaria eventual posicionamento de que essa audiência só poderia ser realizada por mediador judicial.

Os mediadores das serventias extrajudiciais precisam realizar curso de capacitação em mediação e curso de aperfeiçoamento a cada 2 (dois) anos, conforme determina o art. 6º do Provimento nº 67/2018 do CNJ, podendo o delegatário indicar, no máximo, 5 (cinco) escreventes habilitados para realização da sessão de mediação sob a sua supervisão (art. 4º, par. único, do Provimento nº 67/2018 do CNJ). Apesar de existir posicionamentos favoráveis a utilização de escreventes habilitados de outras serventias extrajudiciais que poderão ser consultados através dos cadastros do NUPEMEC do respectivo tribunal estadual ou de mediador *ad hoc* que não seja delegatário ou escrevente¹⁰¹, a melhor interpretação do Provimento nº 67/2018 do CNJ é no sentido de que os escreventes habilitados possuam vínculo empregatício com a serventia extrajudicial, ou seja, não podem ser mediadores autônomos¹⁰².

O curso de capacitação em mediação será custeado pelas serventias extrajudiciais e será ofertado pelas escolas judiciais ou por instituição formadora de mediadores judiciais e extrajudiciais. A Resolução ENFAM nº 06/2016 estabelece uma quantidade mínima de 60

¹⁰⁰ “O ideal, para se manter uma padronização nacional, seria que todos os tribunais regulassem de forma semelhante a matéria, ainda que observadas as peculiaridades de cada estado ou região, assegurando a implementação de uma política institucional uniforme”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Permitir que cartórios façam conciliação e mediação é iniciativa bem-vinda. In: *Consultor Jurídico (CONJUR)*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/tricia-navarro-permitir-conciliacao-cartoriosmedida-bem-vinda>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁰¹ MELO, Magaly Abreu de Andrade Palhares de. CALDAS, Camilo Onoda Luiz. Questões controvertidas sobre conciliação e mediação no âmbito das serventias notariais e de registros. In: *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento*. Ano 06, Ed. 06, Vol. 04, Junho de 2021. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/conciliacao-e-mediacao>>. Acesso em: 20 nov. 2022, p. 9.

¹⁰² HILL, Flávia Pereira. Mediação nos Cartórios Extrajudiciais: desafios e perspectivas. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. 19, nº 3. Set-Dez 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/39175/27450>>. Acesso em: 17 jan. 2023, p. 311.

(sessenta) horas de estágio supervisionado (presencial) aos cursos de capacitação de mediadores. Ocorre que, diante das dimensões continentais do Brasil, essa obrigatoriedade pode desestimular potenciais mediadores das cidades do interior, pois precisariam se deslocar para as grandes cidades para realizar o estágio supervisionado.

Assim sendo, seria recomendável permitir a realização de estágio supervisionado através de plataformas virtuais, sem olvidar que o art. 334, § 7º, do CPC permite a realização de audiência de mediação por meio eletrônico, razão pela qual não seria demasiado aplicar esse dispositivo legal ao estágio supervisionado, por analogia¹⁰³. Neste contexto, merece ser enaltecida a conduta da Escola Nacional dos Notários e Registradores – ENNOR em realizar um curso de capacitação de mediação em que o módulo prático de 60 (sessenta) horas em que consiste o estágio supervisionado “será totalmente on-line, desenvolvido junto ao CEJUSC de Jundiaí-SP, mediante agendamento prévio”¹⁰⁴.

Ocorre que, inobstante os méritos da ENNOR, é relevante esclarecer que não é garantido que um mediador formado nesse curso de capacitação poderá realizar mediações em todos os tribunais estaduais ou serventias extrajudiciais brasileiras, tendo em vista que a Corregedoria-Geral de Justiça de algum tribunal estadual pode não concordar com o estágio supervisionado de forma online, o que corrobora a necessidade de uma padronização nacional.

A atuação dos mediadores nas serventias extrajudiciais é disciplinada por diplomas legais diversos. A imparcialidade prevista no artigo 1º, parágrafo único, e artigo 2º, inciso I, da Lei da Mediação se aplica tanto na mediação judicial quanto na mediação extrajudicial, merecendo destaque ainda o artigo 25 da Lei nº 8.935/94 (Lei dos Cartórios) acerca da incompatibilidade do exercício da atividade notarial e de registro com o da advocacia.

As regras de impedimento e de suspeição se aplicam aos registradores e tabeliães (art. 9º do Provimento nº 67/2018 do CNJ), razão pela qual não é permitido a prática de qualquer ato de seu interesse, ou de interesse de seu cônjuge ou de parentes, na linha reta, ou na colateral, consanguíneos ou afins, até o terceiro grau (art. 27 da Lei dos Cartórios). Como esclarecido no primeiro capítulo do presente estudo, o mediador deve revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, sendo certo que esse dever de

¹⁰³ HILL, Flávia Pereira. Mediação nos Cartórios Extrajudiciais: desafios e perspectivas. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. 19, nº 3. Set-Dez 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/39175/27450>>. Acesso em: 17 jan. 2023, p. 312.

¹⁰⁴ Curso de formação de mediadores e de conciliadores para serventias extrajudiciais da Escola Nacional dos Notários e Registradores – ENNOR. Disponível em: <<https://ennor.org.br/courses/curso-de-mediacao-e-conciliacao-extrajudicial-aplicado-a-notarios-e-registradores/>>. Acesso em: 20 jan. 2023.

revelação também se aplica na mediação realizada nas serventias extrajudiciais, assim como ocorre na arbitragem.

Como o mediador (judicial ou extrajudicial) é um facilitador de diálogos, os registradores e tabeliães podem se valer da experiência em seus respectivos cartórios para realizar a mediação, pois é comum os registradores e tabeliães mediar certos conflitos no exercício da sua profissão, tais como auxiliar o pai e a mãe a decidirem o sobrenome da criança no registro de nascimento e contribuir com esclarecimentos para os noivos escolherem o regime de bens ou seus respectivos sobrenomes a serem adotados, após o casamento. Contudo, os serviços notariais e de registro devem zelar pela publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos (art. 1º da Lei dos Cartórios), sem prevalecer qualquer usuário.

A confidencialidade é um princípio que precisa ser obedecido em qualquer tipo de mediação (art. 2º, inciso VII, da Lei da Mediação), inclusive pelas serventias extrajudiciais, não sendo permitido que informações oriundas de um procedimento de mediação sejam reveladas a terceiros. A confidencialidade é dever não apenas dos mediandos e mediadores, mas de todas as pessoas que participaram da mediação (art. 30 da Lei da Mediação), sendo essencial para criar um ambiente seguro para o diálogo entre os próprios mediandos, bem como entre os mediandos e o mediador, sem riscos de alguma ponderação realizada durante a mediação ser utilizada contra algum mediando.

Quanto às serventias extrajudiciais, especificamente, o artigo 30, inciso VI, da Lei nº 8.935/94 dispõe sobre o sigilo da documentação e dos assuntos de natureza reservada que os tabeliães e registradores tiveram conhecimento no exercício da profissão, tais como adoção, reconhecimento de paternidade socioafetiva e a averbação no registro civil de alteração de prenome e sexo em virtude de transexualidade, sendo interessante notar que a confidencialidade dessas hipóteses foi determinada por atos normativos diversos. Verifica-se, portanto, que, apesar de não ser a regra em razão da garantia à publicidade prevista no artigo 1º do mesmo diploma legal, a confidencialidade é observada em diversos atos praticados pelas serventias extrajudiciais, o que reforça a aptidão dos tabeliães e registradores para realização de mediação.

Neste diapasão, o artigo 8º do Provimento nº 67/2018 do CNJ estendeu o dever de confidencialidade às mediações realizadas nas serventias extrajudiciais e a todas as pessoas que de alguma forma tenham participado do procedimento, direta ou indiretamente. As exceções previstas se restringem à informação relativa à ocorrência de crime de ação pública

e ao dever de prestar informações à administração tributária (art. 30, §§ 3º e 4º da Lei da Mediação e art. 8º, §§ 2º e 3º, do Provimento nº 67/2018 do CNJ).

A mitigação da confidencialidade nas serventias extrajudiciais tem provocado algumas reflexões, tendo em vista que o artigo 22 do Provimento nº 67/2018 do CNJ determina que eventual acordo será lavrado no termo de conciliação ou de mediação que será assinado pelas partes em sua última folha – rubricando as demais – e, após finalizado o procedimento, esse documento será arquivado no livro de conciliação e de mediação, o que pode resultar em receio dos mediandos acerca da garantia de confidencialidade.

Com o intuito de prestigiar a mediação nas serventias extrajudiciais, algumas alternativas foram apresentadas por especialistas no tema, merecendo destaque Humberto Dalla e Marcelo Mazzola que sugerem a limitação da publicidade do livro de conciliação e de mediação, assim como ocorre em outros atos praticados por tabeliães e registradores¹⁰⁵. Por oportuno, cumpre mencionar que, além do livro de conciliação e de mediação, as serventias extrajudiciais deverão criar o livro de protocolo específico para recebimento de requerimentos de conciliação e de mediação, sendo permitido, ainda, adotar simultaneamente mais de um livro de conciliação e de mediação para lavratura de audiências por meio eletrônico (art. 26, *caput*, e art. 27, § 4º, do Provimento nº 67/2018 do CNJ).

A necessidade de o mediador obedecer aos princípios da imparcialidade, impessoalidade e confidencialidade durante a audiência de mediação está, intrinsicamente, relacionado ao princípio da boa-fé previsto no artigo 2º, inciso VIII, da Lei da Mediação. O comportamento ético do mediador é fundamental para que os cidadãos tenham boas experiências com a mediação e possam propagar os métodos adequados de solução de conflitos.

Apesar da possibilidade de os tabeliães e registradores prestarem serviços relacionados com suas atribuições às partes envolvidas em sessão de mediação sob sua responsabilidade (art. 9º, parágrafo único, do Provimento nº 67/2018 do CNJ), não existindo uma proibição de utilização prévia da serventia extrajudicial por um ou ambos mediandos, é vedada a inclusão de cláusula em qualquer documento expedido pela serventia extrajudicial que a vincule em eventual conciliação ou mediação futura.

¹⁰⁵ “Talvez uma solução seja limitar a respectiva publicidade, assim como já ocorre, por exemplo, com o ato notarial referente à expedição de certidões de testamentos públicos. Sobre o tema, o art. 369-A da Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (incluído pelo Provimento n. 27/2016) estabelece que ‘o fornecimento de certidões ou informações de testamento somente se dará com a comprovação do óbito do testador. Enquanto vivo o testador, só a este, ou a procurador com poderes especiais, poderá ser fornecida certidão ou informação de testamento’”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. MAZZOLA, Marcelo. *Manual de Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 230.

Essa proibição visa a evitar que os registradores e tabeliães se utilizem de outros serviços prestados pela serventia extrajudicial para obterem, indiretamente, serviços de conciliação e de mediação, inviabilizando a autonomia da vontade das partes acerca da escolha do mediador. Interessante notar, ainda, uma impropriedade técnica do legislador ao utilizar, no artigo 40 do Provimento nº 67/2018 do CNJ, a expressão “cláusula compromissória”, em vez de utilizar a expressão “cláusula de mediação prévia”, tendo em vista que aquela expressão remete ao artigo 3º da Lei de Arbitragem¹⁰⁶.

A pessoa natural absolutamente capaz, a pessoa jurídica e os entes despersonalizados estão aptos a participarem da conciliação e da mediação, nas serventias extrajudiciais, seja como requerente ou requerido (artigo 10 do Provimento nº 67/2018 do CNJ). Neste dispositivo legal, há mais um equívoco técnico do legislador ao utilizar a expressão “capacidade postulatória” dos entes despersonalizados, enquanto o adequado seria “capacidade civil” relativa à aptidão para o exercício de direitos e obrigações.

É permitido que a pessoa natural seja representada por procurador devidamente constituído, mediante instrumento público ou particular com poderes para transigir e com firma reconhecida, o que é uma exigência maior do que ocorre perante o Poder Judiciário, tendo em vista que a procuração que outorga ao advogado poderes para transigir nas ações judiciais não necessita de firma reconhecida, razão pela qual deveria ser despicienda nas serventias extrajudiciais. De outro bordo, o preposto poderá, mesmo que não exista vínculo empregatício, representar a pessoa jurídica e o empresário individual, desde que possua carta de proposição com poderes para transigir e com firma reconhecida.

Durante a realização de mediação e conciliação perante as serventias extrajudiciais, a presença de um advogado ou de um defensor público é facultado às partes. Contudo, caso apenas uma das partes esteja acompanhada de advogado ou de defensor público, a mediação será suspensa para que a outra parte também seja assistida (artigo 11, par. único, do Provimento nº 67/2018 do CNJ). Apesar da indiscutível relevância do advogado para informar os cidadãos sobre os seus direitos e procedimentos mais adequados ao caso concreto, o fato de o advogado ou o defensor público não ser indispensável para a mediação nas serventias extrajudiciais se coaduna com a maioria dos procedimentos praticados pelos tabeliães e registradores em que há a dispensa de advogado, mas a suspensão prevista no aludido dispositivo legal é essencial para resguardar a paridade de armas e o equilíbrio entre as partes.

¹⁰⁶ Art. 3º da Lei nº 9.307/96: “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

3.2.2. Objeto, procedimento e custos

A mediação nas serventias extrajudiciais poderá abordar, no todo ou em parte, conflitos sobre direitos disponíveis e indisponíveis que admitam transação (art. 12 do Provimento nº 67/2018 do CNJ). Apesar da desnecessidade de homologação judicial do acordo sobre direitos disponíveis, o acordo decorrente de mediação que envolva direitos indisponíveis, mas transigíveis, deverá ser homologado pelo juízo competente, exigida a oitiva do Ministério Público (art. 725, inciso VIII, do CPC e art. 3º, § 2º, da Lei da Mediação), merecendo destacar que a própria serventia extrajudicial encaminhará o termo de mediação instruído com os documentos do procedimento ao Poder Judiciário e, posteriormente, em caso de homologação, entregará o termo homologado diretamente às partes.

Ocorre que, apesar de ser permitido às serventias extrajudiciais a realização de mediação sobre direitos indisponíveis, mas transigíveis, eventual requerimento que envolva conflitos familiares com menores, ainda que devidamente representados ou assistidos, não poderá se desenvolver perante os tabeliães e registradores¹⁰⁷. Por outro lado, é possível vislumbrar que eventual conflito familiar poderá ser objeto da mediação nas serventias extrajudiciais, desde que seja abordado apenas a parte do conflito que envolva as pessoas maiores e capazes (por exemplo, o divórcio extrajudicial que foi instituído há muitos anos), reservando as questões atinentes aos menores ao Poder Judiciário.

Quanto ao aspecto territorial, o artigo 9º da Lei nº 8.935/94 dispõe que “o tabelião de notas não poderá praticar atos de seu ofício fora do município para o qual recebeu delegação”. Os atos de ofício do tabelião de notas são aqueles previstos nos artigos 6º e 7º da Lei nº 8.935/94, sendo certo que a determinação para não praticar atos fora do município para o qual recebeu delegação se refere, precipuamente, a realização de diligências para autenticar fatos.

Não obstante, o procedimento de mediação poderá ser instaurado através de requerimento formulado, em conjunto ou em separado, pelos interessados e endereçado a “qualquer serviço notarial ou de registro de acordo com as respectivas competências (art. 42

¹⁰⁷ “A resposta é negativa. Isso porque o Estado, no intuito de preservar relações familiares e de proteger crianças, adolescentes e idosos, entendeu necessário submeter, ao Poder Judiciário, a resolução de conflitos que envolvam os referidos temas. Dessa forma, não se mostra viável, na atual conjuntura legislativa, a realização de conciliação ou mediação no âmbito dos serviços notariais e de registro que tenham por objeto matérias que por determinação legal dependam de chancela judicial, salvo se houver alteração legislativa”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Permitir que cartórios façam conciliação e mediação é iniciativa bem-vinda. In: *Consultor Jurídico (CONJUR)*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/tricia-navarro-permitir-conciliacao-cartoriosmedida-bem-vinda>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

da Lei n. 13.140/2015)”, conforme disciplina o artigo 13 do Provimento nº 67/2018 do CNJ que está em consonância com o artigo 8º da Lei nº 8.935/94 que dispõe sobre a livre escolha do tabelião de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens, objeto do ato ou negócio.

Assim sendo, a melhor interpretação do artigo 13 do Provimento nº 67/2018 do CNJ seria no sentido de permitir aos mediandos a escolha da serventia extrajudicial de sua maior confiança, sendo certo que a não incidência do princípio da territorialidade para realização do procedimento é indispensável para o desenvolvimento da mediação nas serventias extrajudiciais. Ocorre que, a parte final desse dispositivo legal (“de acordo com as respectivas competências”) pode resultar em inquietações que não precisariam existir, resultando em obstáculos para mediação nas serventias extrajudiciais.

Nesse contexto, merece reflexão a Portaria nº 1.952/2022 da Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, ao fixar os emolumentos do procedimento de mediação, apresentou uma nota integrante que exige relação entre a matéria controvertida e as atribuições da serventia extrajudicial, bem como determina a observância dos limites de sua competência territorial¹⁰⁸.

A vinculação da matéria controvertida às atribuições da serventia extrajudicial não se sustenta, tendo em vista que o mediador é um facilitador de diálogos que contribui com as partes no entendimento do conflito em busca do consenso (art. 4º, § 1º, da Lei da Mediação). Assim sendo, se o mediador não vai decidir o conflito de interesses entre as partes, não há motivos para se criar uma espécie de competência funcional para realização de mediação nas serventias extrajudiciais. Nesse sentido, Alberto Gentil destaca que não é recomendável limitar a mediação de qualquer modo, sob pena de impedir a democratização do instituto e cercear a liberdade de escolha do mediador pelos interessados no procedimento¹⁰⁹.

¹⁰⁸ 5ª Nota integrante da Portaria nº 1952/2022 da Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “A conciliação e a mediação dependem de regulamentação pela Corregedoria-Geral da Justiça e poderão ser realizadas por todos os serviços extrajudiciais, desde que haja relação entre a matéria controvertida e as atribuições do serviço extrajudicial atuante, sempre observados os limites de sua competência territorial”. Disponível em: <<http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/0/portaria-cgj-n-1952-2022.pdf/2ac8d7f7-ac51-aa5a-0bb6-e006b405c31e?t=1672429723075>>. Acesso em: 22 jan. 2023.

¹⁰⁹ “Deve ficar claro que não é do espírito da norma processual civil comum, tampouco poderia ser do Provimento do CNJ, limitar a conciliação e a mediação de qualquer modo, nem fracionar a sua competência, mostrando-se inócuo o disposto no art. 13 da regra administrativa (quanto a observância da formulação do requerimento de conciliação e mediação em observância as respectivas competências do art. 42 da Lei nº 13.140/2015), quando não existe qualquer previsão legal de apuração de atribuição, tampouco disposição sobre “possível conflito de atribuição” no caso de dois registradores ou notários entenderem que ambos detém “melhor competência”. Se a norma prevê a democratização do instituto e faculta à parte interessada a escolha da Serventia para realização da conciliação/mediação, não se vê possibilidade alguma de se pensar em mitigação dessa liberdade”. PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida. A conciliação e a mediação no Serviço Extrajudicial –

Ademais, as serventias extrajudiciais possuem maior capilaridade do que o Poder Judiciário, sendo certo que todas as possíveis qualidades de um mediador não seriam suficientes se as serventias extrajudiciais estivessem distantes dos cidadãos. Há diversos municípios no Brasil que não possuem um órgão do Poder Judiciário, sendo comum o deslocamento de cidadãos de municípios menores para municípios maiores ou capitais dos estados a fim de judicializar seus conflitos de interesses. Por outro lado, o artigo 44, § 2º, da Lei dos Cartórios dispõe que haverá, no mínimo, um registrador civil das pessoas naturais em cada sede municipal, o que favoreceu a disseminação das serventias extrajudiciais.

Verifica-se, portanto, que a capilaridade das serventias extrajudiciais contribui com a mitigação da barreira geográfica de acesso à justiça. Com o intuito de elucidar a capilaridade das serventias extrajudiciais, é possível fazer uma analogia com a capilaridade do Sistema Único de Saúde (SUS) que foi bastante enaltecida, durante a pandemia de COVID-19. Isso porque, apesar da obtenção tardia das vacinas decorrente de equívocos de natureza política, o Sistema Único de Saúde (SUS) conseguiu vacinar milhares de brasileiros por dia, inclusive nos lugares mais longínquos, em razão de todo *know-how* adquirido através do Programa Nacional de Imunizações (PNI) por décadas. Desse modo, sob à ótica da capilaridade, não seria demasiado concluir que as serventias extrajudiciais está para o acesso à justiça, assim como o Sistema Único de Saúde (SUS) está para saúde pública, sendo incontestes a sua relevância para sociedade brasileira, apesar de receber poucos investimentos.

O artigo 14 do Provimento nº 67/2018 do CNJ indica os requisitos mínimos do requerimento, tais como a qualificação do requerente e do requerido, inclusive com a indicação de meio idôneo de notificação da outra parte, a narrativa sucinta do conflito, bem como a proposta de acordo, se houver, e demais informações relevantes a critério do requerente. As serventias extrajudiciais poderão disponibilizar aos interessados, de modo virtual ou presencial, um formulário-padrão para instauração do procedimento, cabendo ao requerente que não optar pela notificação do requerido de forma eletrônica apresentar tantas cópias do requerimento quantas forem as partes interessadas.

Ao analisar o preenchimento dos requisitos mínimos do requerimento, a serventia extrajudicial notificará o requerente para sanar eventual vício no prazo de 10 (dez) dias, designando nova data para sessão de mediação, caso necessário. Na hipótese de o requerimento não ser regularizado, o mediador rejeitará o requerimento e a serventia extrajudicial providenciará o seu arquivamento (art. 17 do Provimento nº 67/2018 do CNJ).

Quando o requerimento cumprir com todos os requisitos mínimos, a serventia extrajudicial anotará a distribuição do requerimento no livro de protocolo de conciliação e de mediação, designando, de imediato, data e hora para a realização da sessão de mediação (art. 18 do Provimento nº 67/2018 do CNJ).

Em seguida, a serventia extrajudicial notificará o requerido com a cópia do requerimento, esclarecendo, em consonância com o princípio da autonomia da vontade, que a sua participação na sessão de mediação é facultativa, destacando, ainda, a possibilidade de o requerido indicar, por escrito, data e horário de sua melhor conveniência, caso não possa comparecer à sessão de mediação designada, sendo permitido à serventia extrajudicial manter contato com as partes no intuito de designar data de comum acordo para a sessão de mediação (art. 20 do Provimento nº 67/2018 do CNJ).

As sessões de mediação serão realizadas em espaço reservado, nas dependências das serventias extrajudiciais, durante o horário de atendimento ao público (art. 21, *caput*, do Provimento nº 67/2018 do CNJ), o que é de suma relevância para o cumprimento da confidencialidade na mediação, bem como para os mediandos se sentirem mais seguros para expor de forma clara os seus respectivos posicionamentos sobre o caso concreto. O fato de a sessão de mediação não ser realizada nas dependências do Poder Judiciário contribui de forma positiva no aspecto psicológico dos mediandos, tendo em vista que muitos cidadãos estão habituados com as serventias extrajudiciais para realização de alguns atos da vida civil, mas ainda não conseguem visualizar o Poder Judiciário como um ambiente acolhedor, principalmente em razão das formalidades necessárias para a prática de seus atos¹¹⁰. Ademais, a independência administrativa, financeira e gerencial das serventias extrajudiciais revela uma maior autonomia do mediador em comparação ao Poder Judiciário, o que pode permitir uma melhor adequação ao caso concreto e às peculiaridades de uma determinada região.

O procedimento de mediação será arquivado se uma das partes não comparecer à sessão de mediação, exceto se, havendo pluralidade de requerentes ou de requeridos, duas ou mais partes contrárias comparecerem com o intuito de transigir, sendo que a eficácia do ato praticado se restringirá as partes presentes (art. 21, §§ 1º, 2º e 3º, do Provimento nº 67/2018

¹¹⁰ “Um ambiente informal, que deixe os mediandos à vontade, confortáveis para dialogar entre si de maneira franca, revelando seus reais interesses, de modo a permitir que o mediador verdadeiramente os auxilie a alcançar um acordo, afigura-se fundamental. Acrescente-se que os cidadãos estão acostumados a se dirigir ao cartório para realizar atos da vida civil que, para eles mesmos, são naturais, como nascimentos, casamentos e óbitos. Com isso, conseguem visualizar, intuitivamente, que, ao se dirigir ao cartório extrajudicial, não estão indo encontrar-se com um magistrado ou *longa manus* seu”. HILL, Flávia Pereira. Mediação nos Cartórios Extrajudiciais: desafios e perspectivas. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. 19, nº 3. Set-Dez 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/39175/27450>>. Acesso em: 17 jan. 2023, p. 315.

do CNJ). Assim como ocorre no Poder Judiciário, caso as partes não alcancem um acordo, na primeira sessão de mediação, será possível realizar novas sessões de mediação até que finalizadas as tratativas, desde que ambas as partes tenham interesse na continuação do procedimento. Ressalte-se, ainda, que é possível celebrar um acordo que englobe apenas parte do conflito de interesses.

Apesar de o artigo 24 do Provimento nº 67/2018 do CNJ se restringir a mencionar que o requerente poderá desistir da mediação – a qualquer tempo, por escrito e independentemente de anuência da parte contrária –, o que acarretará no arquivamento do procedimento, é evidente que o requerido também poderá requerer o encerramento do procedimento, tendo em vista que a voluntariedade de ambas as partes é indispensável para o prosseguimento da mediação, seja no âmbito judicial, seja na seara das serventias extrajudiciais.

Quanto aos custos envolvidos na mediação realizada pelas serventias extrajudiciais, o requerente deverá pagar emolumentos equivalentes a uma sessão de mediação de até 60 (sessenta) minutos, no ato de apresentação do requerimento (art. 16 do Provimento nº 67/2018 do CNJ). Assim como o processo de autorização, os emolumentos serão regulamentados no âmbito estadual, tendo o Conselho Nacional de Justiça disciplinado que, na ausência de normas específicas, uma sessão de mediação de até 60 (sessenta) minutos corresponderá ao menor valor cobrado na lavratura de escritura pública sem valor econômico (art. 36 do Provimento nº 67/2018 do CNJ). Para tanto, será necessário consultar a tabela de emolumentos extrajudiciais publicada pelo respectivo tribunal estadual. Nas sessões de mediação que ultrapassarem 60 (sessenta) minutos de duração, será acrescido o valor proporcional ao tempo despendido a mais, podendo o custo ser repartido entre as partes, salvo se transigirem de forma diversa.

É muito recomendável que os tribunais estaduais fixem os valores correspondentes aos emolumentos do procedimento de mediação nas serventias extrajudiciais de forma compatível com a relevância da mediação para o sistema de justiça brasileiro a fim de que, além de garantir as despesas operacionais, a remuneração consiga incentivar os delegatários e os escreventes a realizarem os cursos de capacitação e aperfeiçoamento, garantindo a qualidade da mediação realizada nas serventias extrajudiciais.

Caso a sessão de mediação inicialmente designada não venha a ser realizada em razão de pedido de desistência e arquivamento do procedimento, será restituído aos mediandos o valor equivalente a 75% dos emolumentos percebidos, ressalvando-se as despesas de notificação, que não serão devolvidas (art. 38 do Provimento nº 67/2018 do CNJ). Com o intuito de manter a lisura do procedimento, as serventias extrajudiciais não poderão receber

das partes qualquer vantagem referente à sessão de mediação, exceto os valores relativos aos emolumentos e despesas de notificação (art. 37 do Provimento nº 67/2018 do CNJ).

Por fim, merece ser enaltecida a preocupação do Conselho Nacional de Justiça com os hipossuficientes econômicos, tendo determinado às serventias extrajudiciais a realização de sessões de mediação não remuneradas para atender demandas de gratuidade, como contrapartida da autorização para prestar o serviço, tendo sido delegado aos tribunais a fixação do percentual de audiências não remuneradas, não podendo ser inferior a 10% da média semestral das sessões realizadas pela serventia extrajudicial, tampouco inferior ao percentual fixado para as câmaras privadas (art. 39 do Provimento nº 67/2018 do CNJ).

Ressalte-se que a gratuidade de justiça perante as serventias extrajudiciais não é uma novidade, tendo em vista que o artigo 98, § 1º, inciso IX, do CPC dispõe que a gratuidade de justiça compreende os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido. Contudo, como a mediação nas serventias extrajudiciais não necessita de um processo judicial, os interessados deverão, em regra, pagar os emolumentos.

Com o escopo de elucidar que os tribunais estaduais precisam se empenhar mais no fomento à mediação nas serventias extrajudiciais, merece destacar que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro fixou os emolumentos do procedimento de mediação através da Portaria nº 1952/2022 de sua Corregedoria-Geral de Justiça da seguinte forma: i) R\$ 207,86 – pelo processamento; ii) R\$ 314,05 – pelo termo final; iii) R\$ 207,86 – pelo registro; iv) R\$ 211,80 – por hora de sessão ou fração¹¹¹. É possível verificar que, ao fixar o valor da sessão de mediação de até 60 (sessenta) minutos, o Tribunal de Justiça supracitado se aproximou da quantia correspondente ao “menor valor cobrado na lavratura de escritura pública sem valor econômico” que, no ano de 2023, equivale a R\$ 162,60 para reconhecimento de paternidade, para fins previdenciários ou de dependência econômica, declaratória de testemunhas, rerratificação e união estável pelo regime comum.

A determinação do artigo 36 do Provimento nº 67/2018 do CNJ possui a finalidade de fixar um valor mínimo, “enquanto não editadas, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, normas específicas relativas aos emolumentos”, não podendo ser considerada um empecilho para os tribunais estaduais fixarem uma remuneração adequada e compatível com a relevância

¹¹¹ Portaria nº 1952/2022 da Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/0/portaria-cgj-n-1952-2022.pdf/2ac8d7f7-ac51-aa5a-0bb6-e006b405c31e?t=1672429723075>>. Acesso em: 22 jan. 2023.

da mediação. Não é crível pretender que a mediação seja a mola propulsora da concepção contemporânea de acesso à justiça com grande potencial de contribuir para redução da taxa de congestionamento do Poder Judiciário, mas não remunerar de forma adequada a prestação desse serviço. Por analogia, é como asseverar que investir em educação pública de qualidade é a salvação do Brasil, mas não remunerar os professores de forma adequada, tampouco investir nas estruturas das escolas, incluindo uma alimentação de qualidade para seus alunos.

Importante destacar, ainda, que a ausência de remuneração adequada pode desestimular as serventias extrajudiciais a se habilitarem para realização de mediação. É possível vislumbrar que algumas serventias extrajudiciais precisarão investir em sua estrutura física, principalmente para manter um espaço reservado em suas dependências para a realização das sessões de mediação. Outrossim, haverá necessidade de investir em cursos de formação de mediadores, bem como realizar curso de aperfeiçoamento a cada 2 (dois) anos, que, à título de exemplo, corresponde à quantia de R\$ 1.980,00 (um mil, novecentos e oitenta reais) se realizado na Escola Nacional dos Notários e Registradores – ENNOR, no ano de 2023¹¹².

Não seria demais os delegatários de serventias extrajudiciais concluírem, no âmbito de sua independência administrativa e financeira, que os investimentos para aprimorar a estrutura da serventia extrajudicial e realizar o curso de capacitação não são atrativos, tendo em vista as incertezas de retorno desses investimentos em razão dos emolumentos do procedimento de mediação. A título de exemplo, após 5 (cinco) anos de vigência do Provimento nº 67/2018 do CNJ, há tão somente 2 (duas) serventias extrajudiciais habilitadas para realização de mediação no estado de São Paulo¹¹³. Por fim, merece ser enaltecida a conduta do TJSP em disponibilizar em seu site um Manual de Conciliação e Mediação¹¹⁴ nas serventias extrajudiciais.

3.3. Mediação e Conciliação Pré-Processual

¹¹² Curso de formação de mediadores e de conciliadores para serventias extrajudiciais da Escola Nacional dos Notários e Registradores – ENNOR. Disponível em: <<https://ennor.org.br/courses/curso-de-mediecao-e-conciliacao-extrajudicial-aplicado-a-notarios-e-registradores/>>. Acesso em: 22 jan. 2023.

¹¹³ Mediação e Conciliação nos serviços notariais e de registro civil. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Conciliacao/cartorioextrajudiciais>>. Acesso em 22 de jan. 2023.

¹¹⁴ Manual de Conciliação e Mediação – Cartórios Extrajudiciais. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/ManualConciliacaoMediacaoExtrajudiciais.pdf?d=1675640571463>>. Acesso em: 22 de jan. 2023.

A mediação e a conciliação pré-processual não são realizadas no âmbito das serventias extrajudiciais. Contudo, considerando que o presente estudo visa a mitigar a vinculação da mediação com o Poder Judiciário e reduzir a sua taxa de congestionamento, a mediação e a conciliação pré-processual estão inseridas em um conjunto de medidas a serem adotadas.

Todos os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) abrangem, obrigatoriamente, o setor de solução de conflitos pré-processual, de solução de conflitos processual e de cidadania (art. 10 da Resolução nº 125/2010 do CNJ). Nesse sentido, o artigo 24 da Lei da Mediação dispõe que os CEJUSCs serão responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados à auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

As sessões de conciliação e mediação pré-processuais deverão ser realizadas nestes Centros ou nas Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação, o que as difere das sessões de mediação judiciais que podem, excepcionalmente, ser realizadas nos próprios juízos, desde que por mediadores cadastrados pelo respectivo tribunal (artigos 8º, § 1º, e 12-C da Resolução nº 125/2010 do CNJ), e não pelos magistrados.

Ocorre que, não há uma normatização detalhada sobre a mediação pré-processual tanto na Resolução nº 125/2010 do CNJ quanto na Lei da Mediação, como ocorre com a mediação nas serventias extrajudiciais através do Provimento nº 67/2018 do CNJ, razão pela qual a mediação pré-processual é regulamentada pelos próprios tribunais.

Na mediação pré-processual, as partes buscam solucionar seus conflitos de interesses de modo amigável, célere, econômico e com menos formalidades, sem a necessidade de uma ação judicial. Em regra, a parte interessada submete, de forma online ou presencial, a sua pretensão aos Centros Judiciários de Solução de Conflitos (CEJUSC), apresentando os fatos relevantes que motivaram o conflito de interesses e os documentos comprobatórios, indicando as informações necessárias para localização da parte contrária a fim de ser enviada a carta-convite para participação da mediação pré-processual.

Nesse contexto, é possível destacar os formulários eletrônicos disponibilizados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. No TJRJ, o formulário é mais sucinto e dividido em 3 (três) partes: i) dados do solicitante; ii) dados do solicitado; iii) solicitação (relate resumidamente o caso) ¹¹⁵. No TJSP, apesar de ser sucinto como no TJRJ, o formulário é

¹¹⁵ “Solicitação de Mediação Pré-Processual”. Disponível em: <<https://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/mediacao/pre-processual>>. Acesso em: 20 jan. 2023.

dividido em competência cível e família, indicando uma lista de documentos para cada hipótese¹¹⁶.

No TJES, além dos dados do reclamante e do reclamado, o formulário oferece campos preenchidos com temas diversos e algumas questões, tais como divórcio, reconhecimento e dissolução de união estável, regulação de guarda e alimentos do menor, alimentos gravídicos e exoneração ou revisão de alimentos¹¹⁷. A iniciativa do TJES merece ser enaltecida uma vez que contribui para que os interessados sem conhecimento jurídico reflitam sobre o mínimo necessário para debater determinados assuntos.

Ao analisar os atos normativos dos tribunais estaduais supracitados, é possível verificar disposições compatíveis com a Resolução nº 125/2010 do CNJ e a Lei da Mediação. No TJRJ, a Resolução TJ/OE/RJ nº 02/2020 destaca que os requerimentos de conciliação e mediação pré-processuais serão apresentados de forma eletrônica ou presencial e os acordos celebrados poderão ser homologados pelo Juiz Coordenador do CEJUSC mediante pedido das partes e, caso necessário, os termos do acordo e a documentação serão remetidos ao Ministério Público. No caso de descumprimento do acordo, os processos serão livremente distribuídos para os juízos competentes para apreciação das causas originárias, e não ao Juiz Coordenador do CEJUSC que tenha, eventualmente, homologado o acordo (artigos 43 a 45 da Resolução TJ/OE/RJ nº 02/2020¹¹⁸).

No TJES, há um ato normativo específico para viabilizar a realização de sessões de mediação e conciliação por meio de videoconferência em demandas pré-processuais e processuais. Após informar os requisitos formais do requerimento com ênfase no preenchimento dos formulários disponibilizados no site do tribunal, o ato normativo destaca que as sessões de mediação e conciliação serão realizadas apenas com o consentimento de todas as partes, munida de todo o material recebido do mediador ou conciliador nos autos da reclamação pré-processual, a qual deverá ser enviado ao CEJUSC que encaminhará a um dos magistrados do grupo de trabalho vinculado ao Centro (artigos 3º a 5º da Portaria nº 04/2020 – NUPEMEC)¹¹⁹.

¹¹⁶ “Solicitação de Conciliação Pré-Processual”. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/petpg-conciliacao/abrirSolicitacaoConciliacaoPreProcessual.do>>. Acesso em: 20 jan. 2023.

¹¹⁷ “Como solicitar uma mediação”. Disponível em: <<http://www.tjes.jus.br/institucional/nucleos/nupemec/como-solicitar-uma-mediacao-ou-conciliacao/>>. Acesso em: 20 jan. 2023.

¹¹⁸ Resolução TJ/OE/RJ nº 02/2020. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1077812/resolucao-tj-oe-rj-n-02-2020.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2023.

¹¹⁹ Portaria nº 04/2020 – NUPEMEC do TJES. Disponível em: <<http://www.tjes.jus.br/institucional/nucleos/nupemec/como-solicitar-uma-mediacao-ou-conciliacao/>>. Acesso em: 22 jan. 2023.

Por sua vez, o TJSP criou um projeto-piloto de conciliação e mediação pré-processuais para disputas empresariais decorrentes dos efeitos da Covid19 destinado a empresários, sociedades empresárias e demais agentes econômicos de produção e circulação de bens e serviços. Em plena consonância com o princípio da celeridade, a audiência é designada para no máximo 7 (sete) dias a partir da apresentação do requerimento. Interessante notar que neste projeto, há uma espécie de escalonamento, tendo em vista que o procedimento pré-processual se inicia com a conciliação e, se infrutífera, é designado um mediador com experiência na matéria objeto do litígio empresarial, sendo possível a escolha do mediador em comum acordo pelas partes (artigos 5º e 6º do Provimento CG nº 11/2020¹²⁰).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro criou, em 2011, a “Conciliação Pré-Processual” que corresponde a uma negociação virtual em que o consumidor envia, diretamente, um e-mail a empresa fornecedora do produto ou do serviço sem assistência de advogado e aguarda uma proposta de acordo. Atualmente, há mais de 30 (trinta) empresas cadastradas, principalmente concessionárias de serviços públicos (luz, água e telefonia), empresas de varejo, bancos, planos de saúde e empresas aéreas, existindo 2 (dois) e-mails específicos para os casos de o consumidor pretender conciliar com uma empresa que ainda não participe do Projeto. Os acordos homologados possuem natureza de título executivo extrajudicial (art. 784, inciso VIII, do CPC)¹²¹.

Ademais, existe o “Projeto Expressinho” em que o consumidor consegue formalizar oralmente a sua pretensão na presença do preposto da empresa e de um conciliador. Diferentemente da Conciliação Pré-Processual, os acordos decorrentes do “Projeto Expressinho” são homologados por um Juiz Togado, razão pela qual possui natureza de título executivo judicial (art. 515, inciso III, do CPC).

De outro bordo, não há como abordar mediação e conciliação pré-processual sem mencionar o “Consumidor.gov.br” que consiste em um serviço público e gratuito disponibilizado de forma online, regulamentado pelo Decreto nº 8.573/15. Neste sistema, o consumidor apresenta uma reclamação contra uma empresa privada ou pública que esteja cadastrada no projeto, assim como contra a administração pública federal¹²², pois a

¹²⁰ Provimento CG nº 11/2020 do TJSP. Disponível em:

<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Coronavirus/Comunicados/Provimento_CG_N11-2020.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2023.

¹²¹ “Conciliação Pré-Processual” e “Expressinho” no TJRJ. Disponível em:

<<https://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/conciliacao-pre-processual/proj-pre-proc>>. Acesso em: 02 fev. 2023.

¹²² Art. 1º-A do Decreto nº 8.573/15 (incluído pelo Decreto nº 10.197/20): “O Consumidor.gov.br é a plataforma digital oficial da administração pública federal direta, autárquica e fundacional para a autocomposição nas controvérsias em relações de consumo. § 1º. Os órgãos e as entidades que possuam plataformas próprias para

participação das empresas é voluntária, sendo necessário que o interessado crie uma conta pessoal no site GOV.BR (Plataforma do Governo do Estado Digital).

A empresa deve apresentar sua resposta no prazo de 10 (dez) dias e, em seguida, o consumidor avalia a resposta ou proposta da empresa, classificando-a como “resolvida” ou “não resolvida”, bem como indicando o nível de satisfação com a solução alcançada, no prazo de 20 (vinte) dias. O “Consumidor.gov” elenca como seus principais objetivos a ampliação do atendimento aos consumidores, o incentivo à competitividade pela melhoria da qualidade de produtos, serviços e relacionamento entre consumidores e empresas, o aprimoramento das políticas de prevenção de condutas que violem os direitos dos consumidores e o fortalecimento da promoção da transparência nas relações de consumo¹²³.

Outra plataforma de solução de conflitos entre consumidores e empresas é o “Reclame Aqui” que foi criado em 2003. Além da possibilidade de o consumidor apresentar uma reclamação que será analisada pela empresa com direito a réplica e avaliação final pelo consumidor sobre o posicionamento da empresa, a proposta da plataforma é permitir que os consumidores pesquisem a reputação e o atendimento das empresas, antes de adquirir bens e serviços.

Com base nas informações disponibilizadas em seu website, há trinta milhões de consumidores cadastrados, trezentos e sessenta mil empresas cadastradas e um milhão de reclamações por mês¹²⁴. Durante a Black Friday de 2022, houve mais de 192 mil reclamações, mas o índice geral de solução foi de 78%, demonstrando que 150 mil ações judiciais foram evitadas, aproximadamente, apenas em relação aos conflitos de interesses decorrentes da Black Friday de 2022¹²⁵.

Os 2 (dois) últimos projetos supracitados (“Consumidor.gov” e “Reclame Aqui”) possuem a finalidade de solucionar o conflito de interesses entre os consumidores e as empresas, dispensando a intervenção do Poder Judiciário na tratativa individual. Em verdade, todos os projetos de mediação e conciliação pré-processual visam a demonstrar que a judicialização de um conflito de interesses deve ser a última *ratio*.

solução de conflitos de consumo migrarão os seus serviços para o Consumidor.gov.br até 31 de dezembro de 2020”.

¹²³ Conheça o Consumidor.gov.br. Disponível em: <<https://www.consumidor.gov.br/pages/conteudo/publico/1>>. Acesso em: 28 jan. 2023.

¹²⁴ Reclame Aqui. Disponível em: <<https://www.reclameaqui.com.br/institucional/>>. Acesso em: 29 jan. 2023.

¹²⁵ Black Friday 2022 – Reclame Aqui. Disponível em: <<https://blog.reclameaqui.com.br/black-friday-2022-mais-de-192-mil-reclamacoes-no-reclame-aqui/>>. Acesso em: 29 jan. 2023.

No código vetusto, as condições da ação compreendiam a legitimidade das partes, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido (art. 267, inciso VI, do CPC/73)¹²⁶, enquanto o código vigente faz alusão tão somente à legitimidade das partes e ao interesse processual (art. 17 do CPC). Por décadas, as condições da ação eram apreciadas através da premissa de que apenas o Poder Judiciário seria capaz de solucionar um conflito de interesses, não existindo qualquer alternativa factível.

Neste particular, havia um intenso debate sobre o interesse processual, sendo que a doutrina o subdividia em interesse-necessidade que se destinava a comprovar a necessidade de a parte autora se socorrer do Poder Judiciário para solucionar o seu conflito de interesses e interesse-adequação consubstanciado na utilização dos meios processuais adequados, no caso concreto¹²⁷. Portanto, não se vislumbrava qualquer medida extrajudicial que poderia ser adotada pela parte autora para alcançar a sua pretensão.

Com o desenvolvimento dos métodos adequados de solução de conflitos e as medidas extrajudiciais disponíveis aos jurisdicionados, inseridos no contexto de releitura do acesso à justiça, se iniciou um debate acerca de um interesse processual qualificado no sentido de exigir do jurisdicionado a tentativa de solucionar o seu conflito através de alguma medida extrajudicial (mediação e conciliação pré-processual ou a utilização da plataforma “Consumidor.gov”), antes de se valer do Poder Judiciário.

Nesse contexto, cumpre destacar a relevância da jurisprudência na construção desse entendimento. Em 2014, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.240/MG, o Supremo Tribunal Federal se posicionou, em acórdão da relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, no sentido da necessidade de prévio requerimento administrativo nos casos de benefícios previdenciários (INSS), sob o argumento que não está configurada ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, razão pela qual não é possível alegar violação ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal¹²⁸. Por outro lado, o tribunal consignou que não é necessário o exaurimento de todas as instâncias administrativas,

¹²⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 39.

¹²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil. Volume 1*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 118.

¹²⁸ “Permitir que o Judiciário conheça originariamente de pedidos cujo acolhimento, por lei, depende de requerimento à Administração significa transformar o juiz em administrador, ou a Justiça em guichê de atendimento do INSS, expressão que já se tornou corrente na matéria. O Judiciário não tem, e nem deve ter, a estrutura necessária para atender às pretensões que, de ordinário, devem ser primeiramente formuladas junto à Administração. O juiz deve estar pronto, isto sim, para responder a alegações de lesão ou ameaça a direito. Mas, se o reconhecimento do direito depende de requerimento, não há lesão ou ameaça possível antes da formulação do pedido administrativo. Assim, não há necessidade de acionar o Judiciário antes desta medida”. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal (STF)*. Recurso Extraordinário nº 631.240/MG. Ministro Relator Luís Roberto Barroso. Plenário. DJe 10.11.2014, p. 15.

sendo permitida a ação judicial na pendência de recurso administrativo, bem como nos casos em que, apresentado o requerimento administrativo, não haja resposta do INSS no prazo de 90 (noventa) dias.

Esse posicionamento foi aplicado, novamente, em outros casos envolvendo a administração pública (contribuições previdenciárias pagas por empresários, empregadores e afins e fornecimento de medicamentos pelo Estado) e cobrança de seguro obrigatório (DPVAT). Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça aplicou entendimento semelhante no sentido de exigir requerimento prévio dos interessados e o pagamento do custo do serviço, nos casos de exibição de documentos bancários¹²⁹.

No mesmo sentido do entendimento jurisprudencial supracitado, há uma vertente da literatura de processo civil favorável à prévia tentativa de solução extrajudicial da controvérsia como condição de acesso ao Poder Judiciário, revelando um interesse processual qualificado. Para tanto, é necessário que o sistema extrajudicial de atendimento ao jurisdicionado seja eficiente com a apresentação de respostas de forma célere e justas, sendo necessário que tanto a administração pública quanto as empresas privadas atuem com boa-fé no sentido de acolher a pretensão do interessado sempre que existir uma probabilidade razoável de êxito, no caso concreto, se o conflito for debatido perante o Poder Judiciário¹³⁰.

Assim sendo, com fundamento na tese de necessidade de tentativa de solução extrajudicial de conflito, seria permitido ao magistrado extinguir o processo sem resolução de mérito por ausência de interesse processual (art. 485, inciso VI, do CPC), ressalvada a hipótese de necessidade de tutela de urgência, sendo certo que não seria crível exigir do jurisdicionado que aguarde eventual solução extrajudicial.

Por outro lado, caso a parte autora comprove que buscou solucionar seu conflito de interesses através de alguma medida extrajudicial, mas não obteve êxito por ausência de

¹²⁹ “Não pairam dúvidas de que a relação entre os bancos e seus correntistas é regida pelo Código de Defesa do Consumidor. Igualmente, é indisputável que o contrato e os extratos são documentos comuns e que o banco tem o dever de fornecê-los ao cliente, quantas vezes for solicitado. Mas o banco não pode adivinhar que determinado cliente deseja a segunda, a terceira ou a quarta via de tal ou qual documento. Não é razoável que o pedido seja feito diretamente perante o Judiciário, sem que tenha sido solicitado extrajudicialmente ao banco. Assim, é pressuposto para configurar o interesse de agir a demonstração de que o banco, ciente da pretensão, não se dispôs a fornecer os documentos em tempo hábil”. BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça (STJ)*. Recurso Especial nº 1.349.453/MS. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Segunda Seção. DJe 02.02.2015, p. 31.

¹³⁰ “Colocando em outros termos, só faz sentido condicionar o acesso ao Judiciário mediante demonstração de que houve prévia tentativa de se solucionar extrajudicialmente a questão se – e somente se –, o sistema extrajudicial de recepção e solução dos conflitos tenha capacidade de processar a reclamação e atendê-la em tempo razoável, com respostas aos reclamantes que, além de breves, possam, no mais das vezes, atendê-los de maneira satisfatória (algo que deve ser constantemente auditado pelas autoridades públicas, inclusive Judiciárias)”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério: uma proposta de releitura do princípio do acesso à justiça à luz do CPC/15. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. 21, n. 2 (2020). Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/50802/33446>>. Acesso em: 28 jan. 2023, p. 106.

resposta em tempo razoável ou recusa da parte contrária, o magistrado poderia não designar a audiência de mediação prevista no artigo 334 do CPC, bem como levar esse fato em consideração na fixação da indenização por danos morais, nos casos de procedência dos pedidos da parte autora, conforme demonstrado no capítulo anterior.

Não obstante o avanço da literatura e da jurisprudência em compreender que os métodos adequados de solução de conflitos podem circunscrever a análise da presença do interesse processual como condição da ação no caso concreto, não há um dispositivo legal que condicione, expressamente, a adoção de alguma medida extrajudicial prévia à propositura de uma ação judicial. Em verdade, o Código de Processo Civil que, por um lado, deve ser enaltecido por prestigiar os métodos adequados de solução de conflitos, por outro lado, merece críticas por atenuar eventual comportamento das partes que não pretendam, ao menos, tentar uma autocomposição¹³¹.

Nesse contexto, merece destaque o Projeto de Lei (PL) nº 533/2019 que busca estabelecer, no Código de Processo Civil, o conceito de pretensão resistida como a demonstração de que o autor da ação procurou resolver o conflito antes de demandar o Judiciário, o que contribuiria para reduzir a taxa de congestionamento do Poder Judiciário. Como exemplos de meios extrajudiciais de soluções de conflito, foi destacado o Serviço de Atendimento ao Consumidor – SAC, ouvidoria, “Consumidor.gov.br” e Procon¹³².

A proposta legislativa inicial pretendia o acréscimo do parágrafo único ao artigo 17 e do § 3º ao artigo 491 do CPC. Quando da apreciação do Projeto de Lei (PL) nº 533/2019 perante a Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados, foi apresentada uma Emenda no sentido de acrescentar os §§ 1º e 2º ao artigo 17¹³³ e do § 3º ao artigo 491¹³⁴ do

¹³¹ “Outra indicação de que as recentes alterações legislativas não optaram por vincular a tentativa de autocomposição como parte do interesse de agir é o fato de que a ausência do autor à sessão consensual não acarreta a extinção do processo sem resolução de mérito. A falta de comparecimento, quando injustificada, é considerada ato atentatório à dignidade da justiça e tem a mesma sanção prevista para autor e réu: multa de até 2% da vantagem econômica pretendida no processo ou do valor da causa”. TARTUCE, Fernanda. *Mediação de Conflitos: Proposta de Emenda Constitucional e Tentativas Consensuais Prévias à Jurisdição*. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. 82. ed. Jan/Fev 2018, p. 14.

¹³² Projeto de Lei nº 533/2019. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191394>>. Acesso em: 29 jan. 23.

¹³³ “Art. 17 (...). §1º Em caso de direitos patrimoniais disponíveis, para haver interesse processual é necessário ficar evidenciada a resistência do réu em satisfazer a pretensão do autor. §2º Tratando-se de ação decorrente de relação de consumo, a resistência mencionada no §1º poderá ser demonstrada pela comprovação da tentativa extrajudicial de satisfação da pretensão do autor diretamente com o réu, ou junto aos órgãos integrantes da Administração Pública ou do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, presencialmente ou pelos meios eletrônicos disponíveis”.

¹³⁴ “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”.

CPC. Em 16.09.2021, o Projeto de Lei foi debatido em audiência pública. Atualmente, aguarda-se a inclusão do Projeto de Lei na pauta de votações da Comissão de Defesa do Consumidor para, posteriormente, encaminhá-lo à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Importante destacar que eventual resistência ou demora em encampar a tese de obrigatoriedade de tentativa prévia de resolução extrajudicial dos conflitos reside no fato de a voluntariedade ou, de forma mais técnica, o princípio da autonomia da vontade das partes (art. 2º, inciso V, da Lei da Mediação) ser um dos pilares da mediação, razão pela qual eventual medida que atente contra a voluntariedade pode abalar a fundação da mediação que busca um progresso de mentalidade da própria sociedade – de uma cultura litigiosa para uma cultura de pacificação.

Ocorre que é imperioso não confundir obrigatoriedade de tentativa prévia de resolução extrajudicial com obrigatoriedade em celebrar acordos que não sejam favoráveis notadamente a parte autora em razão que, neste momento, a análise aborda as condições da ação, mais especificamente, o interesse processual que deve ser comprovado pelo demandante. Ademais, cumpre destacar que a busca do consenso também é um dos princípios da mediação (art. 2º, inciso VI, da Lei da Mediação).

Ao realizar uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico com ênfase na crise do sistema de justiça brasileiro, seria possível concluir que haveria, na eventualidade, um conflito aparente de normas entre a obrigatoriedade de a parte autora utilizar métodos extrajudiciais de solução de conflito, antes de adentrar ao Poder Judiciário, e a autonomia da vontade das partes, não sendo demasiado destacar que ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação (art. 2º, § 2º, da Lei da Mediação), o que também não se confunde com necessidade de iniciar um procedimento de mediação ou conciliação pré-processual. Portanto, a obrigatoriedade ficaria restrita a instauração de algum procedimento extrajudicial, e não ao seu prosseguimento.

Por derradeiro, é forçoso refletir se a proposta de tornar obrigatória a tentativa prévia de resolução extrajudicial poderia se enquadrar em alguma das barreiras de acesso à justiça, tendo em vista que o amadurecimento da relação entre a sociedade e o Poder Judiciário demanda uma maior independência dos cidadãos na resolução dos seus conflitos.

Nesse contexto, é natural que se reflita sobre a barreira educacional ou cultural, tendo em vista que não há como um cidadão apresentar qualquer reivindicação, sem que tenha plena ciência de seus direitos, mesmo que esteja no âmbito de um método extrajudicial de solução

de conflitos. Para além do ensino público de qualidade¹³⁵, o acesso à justiça necessita do conhecimento de alguns direitos básicos que, hodiernamente, é possível de serem adquiridos através de leitura de notícias jornalísticas, principalmente com a popularização da internet em telefones móveis. Contudo, como nos ensina Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, existem muitos cidadãos que não possuem conhecimento sobre os seus direitos, tampouco sabem como exercê-los, não possuindo as mínimas condições de serem partes, destacando que “os ‘não-partes’ são pessoas absolutamente marginalizadas da sociedade”¹³⁶.

Mauro Cappelletti destaca que a carência de informações está associada à pobreza econômica em que os cidadãos possuem diversas necessidades prementes que impossibilitam o conhecimento de seus próprios direitos em razão da necessidade de encontrar meios para sua sobrevivência¹³⁷. No mesmo sentido, José Carlos Barbosa Moreira destaca uma verdadeira “barreira cultural” de acesso à justiça decorrente da marginalização dos cidadãos com um baixo nível cultural e as dificuldades de um analfabeto ou semianalfabeto ter acesso à justiça, sendo recomendável a busca por um processo socialmente efetivo¹³⁸.

A barreira educacional de acesso à justiça demonstra que os formulários disponibilizados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo são indispensáveis, pois auxilia os interessados a definir os aspectos relevantes de determinado conflito de interesses, sendo recomendável que outros tribunais adotem e aperfeiçoem esses formulários com a ampliação de questões específicas acerca dos principais temas debatidos nas ações judiciais. Outrossim, seria muito recomendável que a plataforma “Consumidor.gov.br” utilizasse esses formulários a fim de permitir que mais pessoas consigam se beneficiar desse importante método extrajudicial de solução de conflitos.

As barreiras econômica e tecnológica também estão presentes nos métodos extrajudiciais de solução de conflitos em razão de estarem umbilicalmente interligadas com a barreira educacional. Contudo, é nítida a mitigação da barreira econômica, pois não há custos

¹³⁵ “O Estado que não for capaz de dotar essas comunidades do acesso efetivo à Educação, à Saúde, à Segurança e à Paz Públicas e ao trabalho lícito, certamente não lhes estará assegurando o acesso ao Direito, porque a população, brutalizada pela miséria e coagida pelo medo, não desfruta da mínima eficácia concreta dos seus direitos fundamentais”. GRECO, Leonardo. O acesso ao direito e à Justiça. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 199.

¹³⁶ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *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: Forense, 2007, p. 66.

¹³⁷ “É o problema da informação jurídica, o que mais falta ao não abastado - pobreza econômica grande, significando ainda carência de informações - quando a parte interessada pode não saber que tem direitos tuteláveis em Juízo”, CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. In: *Revista de Processo*. São Paulo, n. 61, jan. 1991, p. 04.

¹³⁸ “Para um analfabeto ou semianalfabeto, são notórias as desvantagens nesta espécie de competição, a começar pelo déficit informativo, que tantas vezes lhe dificulta ou até veda a noção de seus direitos e da possibilidade de reclamar satisfação por via civilizada”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. In: *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 21.

para utilização do “Consumidor.gov.br” e da mediação ou conciliação pré-processual online disponibilizada pelos tribunais. Na mediação ou conciliação nas serventias extrajudiciais, os emolumentos não demandam altos investimentos, principalmente em comparação às taxas judiciais dos tribunais estaduais. Como esclarecido acima, os próprios parâmetros do Provimento nº 67/2018 do CNJ para serem utilizados na ausência de regulamentação dos tribunais estaduais foram fixados de forma simbólica e estão sendo reproduzidos pelos tribunais estaduais que editaram atos normativos sobre o tema, indicando os emolumentos para esse serviço extrajudicial.

Por outro lado, em uma análise preliminar, não seria demasiado concluir pelo aumento da barreira tecnológica para parte da população, tendo em vista que os métodos extrajudiciais de solução de conflitos que não são dispendiosos demandam, em sua maioria, investimentos em ferramentas tecnológicas (computador e internet de qualidade) que muitos cidadãos não possuem condições financeiras de adquirir, além de a própria barreira educacional não permitir a sua correta utilização.

Contudo, esse fato não permite inferir que eventual exigência de utilização prévia dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos potencializará as barreiras de acesso à justiça apenas porque uma parte da população não possui acesso a ferramentas tecnológicas, mesmo que seja uma grande quantidade de pessoas em números absolutos.

É imperioso refletir que as inovações não precisam alcançar toda a população e resolver todos os problemas do sistema de justiça de forma instantânea, sendo certo que ao transferir do Poder Judiciário, ao menos inicialmente, uma grande parte da população para os métodos extrajudiciais de solução de conflitos permitirá que a estrutura atual do Poder Judiciário seja otimizada para os cidadãos que necessitem da utilização das vias tradicionais para exercer os seus direitos, por não terem acesso a ferramentas tecnológicas.

Não obstante as barreiras educacional, econômica e tecnológica de acesso à justiça continuarem presentes nos métodos extrajudiciais de solução de conflitos, não permitindo que toda população tenha acesso a essas ferramentas, é forçoso admitir os seus méritos na mitigação das barreiras de acesso à justiça que não serão erradicadas por condutas, exclusivamente, judiciais ou extrajudiciais. É necessário que o Estado realize investimentos, principalmente em educação pública de qualidade para que a sociedade consiga evoluir em todos os aspectos, inclusive econômico e tecnológico, para que mais pessoas tenham conhecimento dos seus direitos e saibam como exercê-los.

É cediço que os investimentos necessários não serão realizados de forma célere e, por conseguinte, a evolução da sociedade será gradativa. Portanto, em eventual alteração

legislativa exigindo a tentativa de resolução extrajudicial antes da utilização do Poder Judiciário, deve se aplicar a clássica lição de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, a fim de que não seja obstaculizado o acesso à justiça de cidadãos mais vulneráveis¹³⁹.

Assim sendo, seria possível criar exceções à regra geral de tentativa prévia de resolução extrajudicial para o cidadão que, representado pela Defensoria Pública, comprove ter um grau de escolaridade que não o permita apresentar de forma independente a sua reivindicação ou que não tenha condições financeiras para adquirir os instrumentos necessários para ter acesso as plataformas tecnológicas de métodos extrajudiciais de solução de conflitos.

Em verdade, ao conjecturar essas possíveis exceções, é natural que se apresente soluções, tais como criar grupos de trabalho na Defensoria Pública para auxiliar os cidadãos na utilização das plataformas tecnológicas e exigir que seja utilizado a mediação ou a conciliação pré-processual de forma presencial (por exemplo, o “Expressinho”).

Desse modo, há meios de se buscar o avanço do sistema de Justiça Multiportas, em vez de criar empecilhos aos métodos adequados de solução de conflitos por questões que não são de sua competência solucionar, tais como educação, economia e democratização da tecnologia. Os procedimentos extrajudiciais de autocomposição possuem o condão de provocar efeitos positivos na solução de conflitos de interesses e auxiliar na redução da taxa de congestionamento do Poder Judiciário, sendo possível prospectar que a esfera extrajudicial impactará ainda mais na pacificação social, desde que devidamente fomentada e respeitando as peculiaridades do caso concreto.

CONCLUSÃO

A evolução contínua da sociedade, a complexidade e a diversidade das relações jurídicas, por um lado, e a concentração da solução dos conflitos perante o Poder Judiciário, por outro lado, resultaram no fracasso da prestação jurisdicional estatal. Há tempos, não mais se permite compreender o princípio do acesso à justiça como acesso ao Poder Judiciário.

¹³⁹ “Quanto mais o rico e o pobre são tratados sobre a base das mesmas regras jurídicas, mas se acentua a vantagem do rico”. EHRlich, Eugen. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Cambridge, Mass, 1936 *apud* CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça como programa de reforma e método de pensamento. In: *Revista Programa de Pós-Graduação em Direito da UFES*. Vitória, n. 02, 2008, p. 381.

Na contemporaneidade, os métodos adequados de solução de conflitos são indissociáveis da concepção de acesso à justiça. Em virtude da sua completude e por ser utilizada há séculos pela sociedade, a mediação ressurgiu e alcançou o seu protagonismo na busca da pacificação social, podendo ser aplicada em diversas espécies de conflitos em que se pretende perquirir os aspectos objetivos e subjetivos que os motivaram, não se limitando a apresentar uma solução superficial e imediatista. Essa característica principal da mediação visa a preservação do relacionamento dos envolvidos no conflito.

Não obstante, a mediação não é a cura para todas as enfermidades, razão pela qual demonstrou-se equivocado a escolha do legislador em inserir uma audiência de mediação obrigatória no início do Procedimento Comum, independentemente das peculiaridades do caso concreto. Essa conclusão não foi alcançada apenas por questões evidentes que poderiam ser percebidas pelo legislador antes da aprovação do Código de Processo Civil de 2015, mas principalmente pelos dados estatísticos colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que demonstraram um tímido aumento no número de sentenças homologatórias de acordo.

Para corroborar essa conclusão, a análise econômica do processo civil comprovou, fundamentando-se na teoria dos jogos, que a cooperação é um fenômeno natural, antes de ser um fenômeno jurídico, destacando que a tendência natural do ser humano é não cooperar em razão de não conseguir vislumbrar, em muitos casos, que o comportamento cooperativo é mais eficiente e benéfico tanto para os envolvidos no conflito de interesses quanto para sociedade, pois reduz os custos sociais.

Verificou-se, ainda, que é indispensável a implementação de incentivos normativos (*payoffs*) para estimular o comportamento cooperativo entre as partes, inclusive durante a audiência de mediação. Os incentivos normativos podem se revelar através do aumento das taxas judiciais e da criação de sanções tanto para parte autora quanto para parte ré que tenha recusado uma proposta de acordo e a sentença tenha fixado um benefício menor do que a parte obteria na celebração do acordo, dentre outras formas.

Assim sendo, restou claro que a audiência de mediação obrigatória não possui o condão de, por si só, mudar a mentalidade da sociedade arraigada em uma cultura de judicialização para uma cultura de pacificação, tendo em vista que não é possível solucionar questões sociais complexas com uma mera alteração de ordem nas etapas do Procedimento Comum. Ademais, demonstrou-se que o equívoco do legislador está na premissa de vincular a mediação ao processo judicial, quando, na verdade, dever-se-ia antecipar a utilização dos métodos adequados de solução de conflitos para evitar a judicialização dos conflitos de interesses.

Nesse contexto, a evolução da desjudicialização comprova que é possível reduzir a quantidade de ações judiciais descentralizando a solução de conflitos que outrora se circunscreviam ao Poder Judiciário, merecendo destaque, no escopo do presente estudo, a possibilidade de realização de mediação nas serventias extrajudiciais.

Contudo, constatou-se que é preciso aperfeiçoar e ampliar de forma contínua os procedimentos desjudicializados. Apesar de os atos normativos do Poder Legislativo e do Conselho Nacional de Justiça, na seara da desjudicialização, merecerem ser enaltecidos, é imperioso zelar pela concretização da finalidade da norma. No âmbito da mediação nas serventias extrajudiciais, dentre outros aspectos que precisam ser aprimorados, verificou-se o déficit na oferta de curso de capacitação de mediadores e a demora na fixação dos emolumentos do procedimento de mediação que ficaram sob a responsabilidade dos tribunais de justiça, reproduzindo a premissa equivocada de buscar a descentralização do Poder Judiciário através de meios que dependem do próprio Poder Judiciário.

De toda forma, é forçoso reconhecer o avanço da mediação no Brasil, em especial, após a criação do Conselho Nacional de Justiça que comprovou com dados estatísticos o acerto dos estudos realizados nas universidades acerca dos métodos adequados de solução de conflitos. Destarte, inobstante a necessidade de melhorias, é possível concluir o presente estudo com um sentimento de otimismo para o futuro do sistema de justiça brasileiro.

Para tanto, é necessário que os diversos atores da sociedade adotem medidas coordenadas com o intuito de estimular a utilização dos métodos adequados de solução de conflitos, sendo certo que a ampla divulgação da mediação tanto para a sociedade como para os operadores de direito é a melhor ferramenta para redimensionar o acesso à justiça e permitir a mudança de cultura da judicialização para cultura de pacificação.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Diogo A. Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina. Áreas de atuação da mediação de conflitos. In: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. (Coord.). *Mediação de Conflitos: para iniciante, praticantes e docentes*. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2010.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener de; GOMES, Marcus Livio; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. O papel do CNJ no avanço da consensualidade no Brasil. In: *Consultor Jurídico (CONJUR)*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-12/opinio-papel-cnj-avanco-consensualidade-brasil>>. Acesso em: 20 jan. 2023.

- ANDREWS, Neil. The Modern Civil Process in England: Links Between Private and Public Forms of Dispute-Resolution. In: ZANETI Jr., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5 ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1977.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=183>>. Acesso em: 30 ago. 2021, p. 24.
- BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil de 1973*. Brasília, DF: Senado, 1973.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei nº 5.869, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil de 2015*. Brasília, DF: Senado, 2015.
- BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça (STJ)*. Recurso Especial nº 1.349.453/MS. Ministro Relator Luis Felipe Salomão. Segunda Seção. DJe 02.02.2015.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal (STF)*. Recurso Extraordinário nº 631.240/MG. Ministro Relator Luís Roberto Barroso. Plenário. Data de Julgamento 03.09.2014.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil: volume único - 5. ed.* Rio de Janeiro: Saraiva, 2019.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A Evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil. In: *Revista do Fórum Nacional da Mediação e Conciliação – FONAMEC*. Rio de Janeiro, vol. 1, n. 1, maio 2017.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Permitir que cartórios façam conciliação e mediação é iniciativa bem-vinda. In: *Consultor Jurídico (CONJUR)*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-05/tricia-navarro-permitir-conciliacao-cartoriosmedida-bem-vinda>>. Acesso em: 20 nov. 2022.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil. Volume 1*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. In: *Revista de Processo*. São Paulo, n. 61, jan. 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça como programa de reforma e método de pensamento. In: *Revista Programa de Pós-Graduação em Direito da UFES*. Vitória, n. 02, 2008.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *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: Forense, 2007.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- CHRISPINO, Alvaro; BERNARDES, Celia; ALDENUCCI, Lidercy; MEURER, Olivia. Mediação escolar: uma via para a convivência pacífica. In: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. (Coord.). *Mediação de Conflitos: para iniciante, praticantes e docentes*. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2010.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Volume 1*. 19. ed. Salvador, Jus Podivm, 2017.

- DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil. Volume 1*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- DUARTE, Márcia Michele Garcia. A sanção pedagógica e os aspectos éticos e morais da consensualidade: em busca da efetividade do modelo multiportas. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume 22. Set-Dez 2021, p. 688. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/62268/39107>>. Acesso em: 05 jan. 2023.
- EHRlich, Eugen. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. Cambridge, Mass, 1936 *apud* CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça como programa de reforma e método de pensamento. In: *Revista Programa de Pós-Graduação em Direito da UFES*. Vitória, n. 02, 2008.
- FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. In: Armando Sérgio Prado de Toledo; Jorge Tosta; José Carlos Ferreira Alves. (Org.). *Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- FARIA, Carolina Tupinambá. *As garantias do processo do trabalho*. 2011. 785f. Tese (Doutorado em Direito Processual). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.
- FARIA, Carolina Tupinambá. Ao seu dispor! A lenda da indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores. In: *Soluções de conflitos trabalhistas: novos caminhos*. São Paulo: LTr, 2018.
- FISS, Owen M. Against Settlement. In: *The Yale Law Journal*. Vol. 93, n. 6, May 1984.
- FUX, Luiz. BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério: uma proposta de releitura do princípio do acesso à justiça à luz do CPC/15. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. 21, n. 2 (2020). Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/50802/33446>>. Acesso em: 28 jan. 2023.
- GICO JR., Ivo Teixeira. CAVALCANTE, Henrique Haruki Arake. Taxa de Recorribilidade, Taxa de Reversibilidade e Eficiência judicial. In: *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. Vol. 14, n. 1, 2019.
- GOMES, Marcus Livio; SILVA, Eduardo Souza Pacheco Cruz. Política Judiciária Nacional contra a alta litigiosidade tributária. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. 24, nº 1. Jan-Abr 2023. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/2850>>. Acesso em: 16 jan. 2023.
- GRECO, Leonardo. O acesso ao direito e à Justiça. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: *Revista da Escola Nacional de Magistratura*. v. 2, n. 5, abr. 2008, p. 24. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21448/fundamentos_justica_conciliativa.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2023.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade, fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- HILL, Flávia Pereira. A desjudicialização do procedimento de registro tardio de nascimento. Inovação trazidas pela Lei Federal nº 11.790/08. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. 2, n. 2 (2008). Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23731>>. Acesso em: 25 dez. 2022.
- HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização e acesso à justiça além dos tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. 22, n. 1 (2021). Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/56701>>. Acesso em: 02 dez. 2022.

- HILL, Flávia Pereira. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Inventário Judicial ou Extrajudicial; Separação e Divórcio Consensuais por Escritura Pública - Primeiras Reflexões sobre a Lei nº 11.441/07. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. Volume 50. maio 2007. São Paulo: Oliveira Rocha.
- HILL, Flávia Pereira. Mediação nos Cartórios Extrajudiciais: desafios e perspectivas. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. 19, nº 3. Set-Dez 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/39175/27450>>. Acesso em: 17 jan. 2023.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: *Novos Estudos*, CEBRAP, nº 58, novembro 2000.
- MELO, Magaly Abreu de Andrade Palhares de. CALDAS, Camilo Onoda Luiz. Questões controvertidas sobre conciliação e mediação no âmbito das serventias notariais e de registros. In: *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento*. Ano 06, Ed. 06, Vol. 04, Junho de 2021. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/conciliacao-e-mediacao>>. Acesso em: 20 nov. 2022.
- MONTERO AROCA, Juan. Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”. In: MONTERO AROCA, JUAN (Coord.). *Proceso civil e Ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: *Temas de Direito Processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. In: *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In: *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Vicissitudes da audiência preliminar. In: *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. In: *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20formatado.pdf)>. Acesso em: 07 set. 2021.
- PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida. A conciliação e a mediação no Serviço Extrajudicial – breves ponderações sobre o Provimento 67/2018. In: PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida (Coordenador). *Registros Públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.
- PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fe procesal*. Barcelona: J. M. Bosch, 2003.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade. In: *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ*. Vol. 21, nº 3, set./dez. 2019. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/revista_v21_n3_tomo1_241.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2022.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. MAZZOLA, Marcelo. *Manual de Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- RESNIK, Judith. Los jueces como directores del proceso (Managerial Judges). In: *Revista de Processo*. São Paulo, n. 268, Jun. 2017.
- RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

ROQUE, Andre Vasconcelos. *A arbitragem envolvendo entes estatais na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ab7a710458b8378b>>. Acesso em: 15 fev. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. In: *Consultor Jurídico (CONJUR)*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em: 07 set. 2022.

TARTUCE, Fernanda. Mediação de Conflitos: Proposta de Emenda Constitucional e Tentativas Consensuais Prévias à Jurisdição. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. 82. ed. Jan/Fev 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Projeto legislativo de desjudicialização da execução civil. Migalhas: 2020. In: *Migalhas*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/332358/projeto-legislativo-de-desjudicializacao-da-execucao-civil>>. Acesso em: 05 jan. 2023.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.