

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

DANIEL NIKOSHELI NEPOMUCENO

A JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

**CURITIBA
2014**

DANIEL NIKOSHELI NEPOMUCENO

A JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. André Peixoto de Souza

**CURITIBA
2014**

TERMO DE APROVAÇÃO

DANIEL NIKOSHELI NEPOMUCENO

A JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2014.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	06
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	08
2.1 INAFASTABILIDADE DE JURISDIÇÃO	09
2.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL	12
2.3 ACESSO À JUSTIÇA	14
2.4 CELERIDADE PROCESSUAL	17
3 DEMANDA PROCESSUAL E A ORIGEM DOS CONFLITOS SOCIAIS	19
4 MECANISMOS DE OTIMIZAÇÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS	30
4.1 JUIZADOS ESPECIAIS	31
4.2 REFORMAS PROCESSUAIS	35
4.3 MOVIMENTOS CONCILIATÓRIOS	37
4.4 CONCILIAÇÃO NO PROCESSO PENAL: UMA PROPOSTA	39
5 MECANISMOS DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS	45
5.1 MEDIAÇÃO	49
5.2 ARBITRAGEM	52
6 TEORIA DOS JOGOS: OUTRA PROPOSTA	55
7 CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS	64

RESUMO

A partir dos princípios constitucionais da inafastabilidade de jurisdição, do devido processo legal, do acesso à Justiça e da celeridade processual, depara-se com a crescente demanda pelo Poder Judiciário, numa sociedade cada vez mais litigiosa, questionando-se a capacidade do Estado absorver estas demandas, apresentando, por fim, os métodos alternativos de solução de conflitos, inclusive com novas propostas para o atingimento da pacificação social, como a abordagem pela teoria dos jogos.

Palavras-chave: judicialização; celeridade; acesso à justiça; métodos extrajudiciais; teoria dos jogos.

1 INTRODUÇÃO

Não há muito tempo, o acesso ao Poder Judiciário era privilégio de poucos. Vista como um sistema direcionado a seletos grupos de pessoas, a prestação jurisdicional era exclusividade daqueles que poderiam arcar com suas despesas e, via de regra, a complexidade das demandas ou o grau de importância dos bens e valores em litígio seriam fatores decisivos à utilização de um processo judicial.

A maioria da população não cogitaria qualquer acesso ao Judiciário, seja por carência econômica ou mesmo por desinformação. Havia, como ainda pode ser percebido, um verdadeiro sentimento de medo das pessoas em relação ao Judiciário – mais evidenciado naquelas com menor bagagem cultural e de conhecimento. Muitos direitos rotineiramente violados jamais chegariam à apreciação judicial. Dentre eles, destacam-se os direitos humanos, trabalhistas, consumeristas e as reparações civis, seja entre particulares, seja frente à administração pública.

Com a redemocratização do país e a evolução da doutrina nacional – e, num primeiro momento, internacional – relativa ao acesso à justiça, surgiram novos institutos, mecanismos e sistemas direcionados a tutelar a gama de direitos e demandas que até então vinham sendo negligenciados.

O acesso à Justiça é hoje direito e garantia fundamental consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Direito porque inafastável e consagrado a todas as pessoas – não somente aos cidadãos e estrangeiros residentes no país, como dispõe o *caput* do art. 5º, CF, mas também, como é da natureza desses direitos, a todos os estrangeiros que estiverem sob a jurisdição brasileira (via de regra, sob território nacional). Garantia porque necessária à consecução de inúmeros direitos também positivados na Constituição da República, e cuja supressão pelo legislador resta impossibilitada.

Todavia, ao assumir o monopólio da jurisdição, o Estado está incumbido de um dever, qual seja o de bem prestar a atividade jurisdicional. Para isso, necessita de estrutura física e pessoal apta a suportar a demanda da sociedade.

Com o incremento da ansia pela solução judicial dos conflitos oriundos das mais diversas esferas da vida civil e social, o Poder Judiciário encontra-se sobrecarregado de tal forma que, mesmo aumentando o número de juízes, servidores e sua estrutura física, não conseguiria prestar sua função de modo a satisfazer o princípio do devido processo legal, assegurando-se a ampla defesa e o

contraditório ao mesmo tempo em que respeita o princípio da duração razoável do processo.

Os conflitos advindos da vivência em sociedade vêm aumentando quantitativamente de forma acentuada e necessitam de resposta compatível do Poder Judiciário, assegurando, além do acesso à Justiça, o respeito aos princípios constitucionais do devido processo legal e da celeridade processual.

O acesso à Justiça, por mais benéfico e democrático que se demonstre, possui um efeito colateral imediato, a inflação das demandas jurídicas a serem suportadas pelo Estado.

Logicamente, o Estado não poderia, em qualquer hipótese, abster-se de bem exercer a prestação jurisdicional, pois esta é a sua razão de ser. Se o Estado é criado para a pacificação social, retirando das pessoas a capacidade o exercício do poder coercitivo, ele deve zelar por esta prestação, e é por intermédio do Poder Judiciário que o faz.

Não é por falta de vontade dos agentes deste poder, mas por impossibilidade lógica do sistema. Assim, é irrazoável imaginar que o simples acréscimo estrutural seria a solução do problema da morosidade do judiciário, até porque, essa inflação desarrazoada do Poder Judiciário poderia implicar num custo econômico que a população não teria capacidade de suportar.

Se, de um lado, a prestação jurisdicional é inafastável e necessária e de outro o crescimento da demanda ameaça esta atividade, não bastarão as soluções sintomáticas utilizadas atualmente para acelerar este serviço público fundamental, pois não conseguirão impedir a fonte deste acréscimo.

É preciso identificar a origem desse processo, pois relacionado à forma como a cultura de uma sociedade se expressa, e a brasileira parece não conseguir lidar com situações interpessoais sem a assistência do Poder Judiciário.

As políticas públicas voltadas ao Poder Judiciário se encontram diante de uma situação paradigmática no exercício do monopólio da jurisdição: assegurar o acesso à justiça, com atenção ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório e fazer com que o processo seja célere, garantindo que a prestação jurisdicional seja, assim, eficaz.

Não são poucos os desafios impostos na tomada de decisões sobre qual rumo seguir nesta situação.

Via de regra, imagina-se que a reestruturação do Poder Judiciário, com aumento das varas, juízes e servidores (acréscimo estrutural), seria a medida necessária à conjugação desses interesses.

Todavia, a demanda pela prestação deste serviço não demonstra sinais de desaceleração, do contrário, aumenta de forma que o poder público talvez não seja apto a supri-la.

Torna-se, necessário, assim, pensar em formas que, ademais de agilizar o processo judicial, como os Juizados Especiais, possam reduzir a procura pela tutela jurisdicional, seja por meios extrajudiciais de solução de litígios, seja por modificação na cultura da sociedade. Esta, por óbvio, não se dará com a edição de um ato normativo. É construção rotineira ao longo dos anos que, com a imersão social em novos paradigmas referentes ao nascimento dos conflitos, possa contribuir para a modificação da consciência coletiva de modo a reduzir a desenfreada busca pelo Judiciário.

Tendo em consideração estas observações, novas (ou de longa data já conhecidas) formas de solução de conflitos podem se evidenciar mais eficazes na consecução deste objetivo – a prestação jurisdicional – com a diminuição da demanda processual.

Neste ponto, uma importante ferramenta teórica é a Teoria dos Jogos, de John Nash, que pode indicar uma nova forma de se encarar a realidade social no que tange à origem dos conflitos interpessoais, e a forma de resolvê-los.

Portanto, uma análise pormenorizada de cada um dos institutos aqui em mencionados demonstra-se essencial à compreensão da questão que se examina.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Antes de se imergir no estudo dos princípios constitucionais relativos ao processo judicial, necessário reconhecer o objeto que se está a estudar.

Princípio, segundo José Afonso da Silva - com fundamento em Celso Antônio Bandeira de Mello – é o “mandamento nuclear de um sistema”, ou seja, um

vetor referencial para todas as demais normas que porventura surjam dentro deste ordenamento¹.

Isto se torna evidente no contexto de um estado constitucional, como constituído pela sociedade brasileira, desde 1824 (com as peculiaridades de cada período).

Com esta conformação jurídica, a Constituição Federal situa-se no topo do ordenamento jurídico, como preceitua Kelsen, dela derivando todas as demais normas, seja do pondo de vista material, seja no aspecto formal.

No Brasil, portanto, como em muitos dos Estados contemporâneos, a Constituição não é apenas um ordenador abstrato desprovido de força normativa; do contrário, é a fonte de legitimidade de todas as demais normas jurídicas, pois fruto do poder constituinte originário, tendo vigência e aplicação imediata².

Dos diversos princípios trazidos pela Constituição de 1988 que norteiam tanto os poderes do Estado quanto as relações privadas, alguns deles, além de estarem previstos no rol do art. 5º como direitos fundamentais, caracterizam-se como garantias, para que outros sejam preservados.

Há, dentre as garantias fundamentais, aquelas que se dedicam ao processo em suas diversas áreas, assegurando ao jurisdicionado a proteção jurídica a que faz jus dentro do Estado Democrático de Direito.

Assim, para melhor compreender a temática abordada no presente trabalho, importante fixar, ainda que superficialmente, o conceito e a abrangência dos principais princípios constitucionais norteadores do processo no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 INAFSTABILIDADE DE JURISDIÇÃO

Conforme preceitua o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal³, a tutela jurisdicional é inafastável, podendo dela valer-se aqueles que se virem lesionados ou ameaçados em seu direito, sendo vedado, inclusive à lei, excluir da apreciação de determinadas questões pelo Poder Judiciário.

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 91.

² Ao menos no plano ideal.

³ Art. 5º, XXXV, CF. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao incluir a “ameaça a direito” neste dispositivo, possibilitando sua tutela antes da concretização da lesão, o que até então somente era previsto na legislação processual infraconstitucional. Ainda, trouxe o monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário, afastando o contencioso administrativo, como previsto na Constituição revogada⁴.

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, o inciso XXXV do art. 5º, da Constituição Federal

tem o significado político de por sob controle dos órgãos da jurisdição todas as crises jurídicas capazes de gerar estados de insatisfação às pessoas e, portanto, o sentimento de infelicidade por pretenderem e não terem outro meio de obter determinado bem da vida. Esse dispositivo não se traduz em garantia do mero ingresso em juízo ou somente do julgamento das pretensões trazidas, mas da própria tutela jurisdicional a quem tiver razão⁵.

A abrangência deste princípio, como se extrai do excerto supra é ampla, de modo a garantir, para além do ingresso no judiciário, a tutela jurisdicional efetiva, traduzindo-se na principal garantia dos demais direitos fundamentais.

Segundo José Afonso da Silva, “o princípio da proteção judiciária, também chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constitui em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos”⁶.

Assim, considerando o monopólio da jurisdição, este princípio decorre de um dever estatal, que, conforme lição de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁷,

consubstancia, outrossim, uma das mais relevantes garantias aos indivíduos (e também às pessoas jurídicas), que têm assegurada, sempre que entendam estar sofrendo uma lesão ou ameaça a direito de que se julguem titulares, a possibilidade de provocar e obter decisão de um Poder independente e imparcial. Por essa razão, não só a lei está impedida de excluir determinadas matérias ou controvérsias da apreciação do Judiciário; a inafastabilidade de jurisdição, sendo garantia individual fundamental, está gravada como cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4.º, IV), insuscetível de abolição, nem mesmo mediante emenda à Constituição.

Como visto, considerando ser a inafastabilidade de jurisdição uma garantia fundamental, está cristalizada como cláusula pétrea⁸, não podendo ser alterada

⁴ SILVA, p. 433.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 6 ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 203-204.

⁶ SILVA, p. 432.

⁷ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 10. ed. São Paulo: MÉTODO, 2013, p.160-161.

sequer pelo poder constituinte derivado, tamanha sua importância para a estabilidade constitucional.

Ademais da previsão constitucional, este princípio já vem esboçado na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), conforme art. 8º, item 1, internalizada pelo Decreto nº 678 de 1992⁹, que também seguiu o constante na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950 (art. 6º, item 1).

Cabe, assim, ao Poder Judiciário, a tutela de todos os interesses advindos da sociedade, não somente os relativos aos conflitos privados, mas especialmente aqueles que possuem como parte o próprio Estado, vez que maior litigante no Judiciário e, muitas vezes, ente possuidor da maior capacidade de causar lesão ao jurisdicionado, especialmente porque gestor da administração pública.

Ainda, nas palavras de Juarez Freitas¹⁰,

é com esse espectro ampliado, sem hipermentar a ‘reserva do possível’, que se deve operar o controle judicial, em ativismo normativo que respeita o equilíbrio e a independência dos Poderes. Assim, se a constituição é que administra, o Poder Judiciário não pode ser um poder nulo, como sugeria Montesquieu, devendo, nos dias atuais, restar disponível para controlar todo ato administrativo, vinculado ou discricionário, pela forte e insuperável razão de que nada deverá ser substituído da sua apreciação vocacionada à tutela do direito fundamental à boa administração pública.

Nesta esteira, todos os jurisdicionados, cidadãos brasileiros ou não, tem assegurado o direito de pleitear a tutela judicial para assegurar direito próprio ou alheio, que não pode ser afastado ou dificultado de forma alguma, nem mesmo por ato dos poderes constituídos.

Este princípio, como se pode concluir, é o principal fundamento jurídico para que nenhuma demanda fique alheia ao conhecimento pelo poder judiciário que, com o “amadurecimento” da sociedade (ao menos em relação à consciência desta possibilidade), vem aumentando extraordinariamente o número de demandas que chegam às portas do sistema judiciário, e que exigem o devido tratamento.

⁸ Art. 60, § 4º, CF. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais.

⁹ Art. 8º - Garantias Judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

¹⁰ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4 ed. São Paulo: MALHEIROS, 2009, p. 122.

Assim, para que esta súplica social seja atendida, não basta qualquer tratamento jurídico, mas o mais adequado, o mais justo dentro do ordenamento jurídico brasileiro, com fundamento na Constituição Federal, assegurando a todos os jurisdicionados o enfrentamento do mérito das questões, sem distinção de sua importância perante o seio social.

Aliás, outra não poderia ser a atitude estatal, visto que retirou dos particulares a jurisdição, tomando-a em regime de monopólio, do que se extrai o poder-dever de bem prestá-la.

Para isso, imprescindível o estudo de outros princípios-garantias previstos na constituição como direitos fundamentais, e que vem ordenar o processo judicial.

2.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do Devido Processo Legal, do inglês *due process of law*, como insculpido no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, traz o enunciado advindo da Magna Carta inglesa¹¹: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Numa primeira leitura, este princípio é tido como norteador legal da atividade jurídico-processual, ou seja, as consequências processuais a que as partes podem ter de arcar em suas esferas jurídicas (tanto pessoal quanto patrimonial) devem decorrer necessariamente de uma decisão fundamentada e prolatada em processo conforme com a previsão legal¹². A saber, o processo que tenha seguido as disposições previstas no ordenamento jurídico.

Todavia, para além desta visão restritiva, preceitua Cândido Rangel Dinamarco, que este princípio é a tradução da “convergência dos princípios constitucionais do processo civil¹³” (e, por conseguinte, do processo penal). Em suas palavras:

A essa cláusula atribui-se hoje uma dimensão que vai além dos domínios do sistema processual, apresentando-se como um devido processo legal substancial que, em essência, constitui um vínculo autolimitativo do poder estatal como um todo, fornecendo meios de censurar a própria legislação e

¹¹ SILVA, p. 433.

¹² WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. Vol. 1: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 7 ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 73.

¹³ DINAMARCO, p. 250.

ditar a ilegitimidade de leis que afrontem as grandes bases do regime democrático (substantive *due process of law*)¹⁴.

Atua, assim, como congregação de todas as garantias que dizem respeito ao processo como garantia ao cidadão, afirmando a “indispensabilidade de todas e reafirmando a autoridade de cada uma”, atuando especialmente como “autolimitação do Estado no exercício da própria jurisdição¹⁵”.

O Poder Judiciário (poder exercido pelo estado-juiz) deve, portanto, estar estritamente limitado pelos princípios e fundamentos do Estado Democrático de Direito, visando a inibir, dentre outros, arbitrariedade e juízos de exceção¹⁶.

O devido processo legal, desta forma, abrange tanto os aspectos formais, que demandam o respeito a todas as garantias processuais, quanto aspectos materiais, adequando-se a tutela jurisdicional para melhor satisfazer a pretensão do litigante, entregando-lhe o bem da vida pretendido.

Neste aspecto, como visto, este princípio, dentro do contexto da inafastabilidade de jurisdição, é uma garantia do jurisdicionado contra o próprio Estado, detentor da jurisdição; pois, se inexistente esta autolimitação, de nada adiantaria um processo que tivesse como parte um ente estatal, se este pudesse ignorar, a seu proveito, as garantias fundamentais do jurisdicionado.

Com isso, assevera Cândido Rangel Dinamarco, com fundamento em Luigi Paolo Comoglio, que

o perfil de processo que resulta dessa garantia é o do processo justo e equo que, na voz da mais moderna doutrina, é o processo regido por garantias mínimas de meios e de resultado, com emprego de instrumental técnico-processual adequado e conducente a uma tutela adequada e efetiva. O contexto de garantias tipificadas e atípicas contidas na fórmula *due process of law* oferece aos litigantes um direito ao processo justo, com oportunidades reais e equilibradas¹⁷.

Para que esta garantia seja levada a efeito, não há como estar dissociada do acesso à justiça, pois de nada adianta organizar um procedimento, em tese, apto a efetivar os direitos primados no ordenamento jurídico, se dele o jurisdicionado não pudesse se valer. Na conclusão de Dinamarco,

¹⁴ Id.

¹⁵ Ibid., p. 250/251.

¹⁶ Ibid., p. 251.

¹⁷ Ibid., p. 252.

as promessas e limitações residentes nas diversas garantias constitucionais e interligadas pelo fio condutor que é o devido processo legal têm um só e único objetivo central, que é o acesso à justiça. O processo justo, celebrado com meios adequados e produtor de resultados justos, é o portador de tutela jurisdicional a quem tenha razão, negando proteção a quem não a tenha¹⁸.

Registre-se, desde já, como acima ressaltado, que estas são questões consolidadas (algumas ainda debatidas) apenas no campo teórico, cuja aplicação pretende-se que recaia na prática processual concreta. Nesta pretensão, busca-se aprimorar continuamente estes conceitos, compreendendo cada faceta de sua abrangência.

É de se advertir, todavia, não ser possível imaginar, ingenuamente, que estes objetivos estejam sendo efetivamente alcançados nos casos concretos. Não por desídia do julgador ou do Estado, enquanto gestor dos recursos legais e patrimoniais aplicáveis (o que, aliás, nem está sendo cogitado, mas que influi drasticamente na tutela jurisdicional), mas pela impossibilidade lógica de se atender, em todos os casos, as pretensões levadas a juízo.

2.3 ACESSO À JUSTIÇA

Muitos anos foram necessários para que a conformação do que hoje se entende por acesso à justiça, conceito ainda incipiente, pudesse ser visualizado na realidade fática.

Seria inimaginável, há cem anos, que qualquer pessoa pudesse levar ao judiciário a apreciação de questões cotidianas com efetividade, mesmo que resultassem em grave lesão a direito ou bem pessoal.

Somente uma parcela pouco expressiva da população conseguia, e a muito custo, valer-se do Poder Judiciário para a tutela de seus interesses, o que tornava esta esfera deveras elitizada, a despeito do restante da população.

Neste sentido, Mauro Cappelletti e Bryant Garth observam que

afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos

¹⁸ Ibid., p. 253.

responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva¹⁹.

É importante frisar, que evidentemente, esta questão ainda não restou superada, existindo inúmeros segmentos sociais que, seja por ignorância, seja por falta de maturidade do corpo social, não conseguem chegar às portas do Judiciário.

Embora lamentável, no Brasil (assim como em outros países), muitas pessoas (senão a maioria) ainda não tem consciência de seus próprios direitos ou dos caminhos disponíveis para sua consecução, nem, tampouco, acesso aos serviços advocatícios para que possam ser representadas em juízo. Esta situação é, em grande parte, resultado da conformação social contemporânea, historicamente segregacionista.

Conforme lecionam os autores supracitados,

a 'capacidade jurídica' pessoal, se se relaciona com as vantagens de recursos financeiros e diferenças de educação, meio e *status* social, é um conceito muito mais rico, e de crucial importância na determinação da acessibilidade da justiça. Ele enfoca as inúmeras barreiras que precisam ser pessoalmente superadas, antes que um direito possa ser efetivamente reivindicado através de nosso aparelho judiciário. Muitas (senão a maior parte) das pessoas comuns não podem – ou, ao menos, não conseguem – superar essas barreiras na maioria dos tipos de processos²⁰.

Muitos obstáculos ainda dificultam o acesso à justiça, como a questão dos sujeitos acima exposta, muitas vezes enfatizada pela situação cultural dos indivíduos (e invariavelmente pelo conhecimento que detém); as despesas inerentes à demanda judicial (tanto do processo, como honorários advocatícios e a possibilidade de sucumbência); e o tempo, ou seja, a demora do processo²¹.

Contudo, busca-se, em esforço mundial, superar esta triste realidade de modo a universalizar o acesso à justiça, razão pela qual é de se esperar um acréscimo contínuo na demanda judicial, o que, ao menos neste ponto, pode ser visto como um indicador positivo da cultura social.

Neste contexto, como instrumentos aptos diminuir as barreiras do acesso ao judiciário que vem sendo incorporadas ao ordenamento jurídico, dentre outros, está a assistência judiciária (advocacia custeada pelos cofres públicos e gratuidade das

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 9.

²⁰ Ibid., p. 22.

²¹ Ibid., p. 15-24.

custas processuais); o sistema dos juizados especiais; e as demandas coletivas, com entes legitimados a proteger interesses difusos²².

Trata-se de evolução histórica deste princípio, que pode ser observada em quatro fases (ou ondas) de acesso à justiça. A primeira delas, como visto, tratou de proporcionar aos mais pobres a assistência judiciária gratuita. Num segundo momento, a proteção dos interesses difusos, adequando a função da justiça à realidade dos novos interesses. A terceira onda ampliou os horizontes do acesso à justiça com o objetivo de ultrapassar as barreiras ainda existentes²³.

O quarto momento deste discurso, de crucial importância, voltou-se aos operadores do direito e à concepção de justiça, propiciando maior discussão sobre a ética e a responsabilidade em sua consecução, questionando já o ensino jurídico²⁴.

Acompanhando estes movimentos, pretende-se tornar o processo judicial cada vez mais efetivo, vez que imprescindível à concretização do acesso à justiça, pois, não adianta à parte, receber a tutela jurisdicional, mas não obter, ao final, o bem da vida pretendido, seja pela demora na prestação, seja pela inadequação dos meios à disposição, tanto da parte, quanto do Poder Judiciário para viabilizá-lo.

Tem-se, da contemporânea abrangência do conceito de acesso à justiça, que “o sistema deve ser igualmente acessível a todos”, o que se costuma denominar universalização, e que ele “deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”²⁵.

Preceitua Dinamarco que

para a plenitude do acesso à justiça importa remover os males resistentes à universalização da tutela jurisdicional e aperfeiçoar internamente o sistema, para que seja mais rápido e mais capaz de oferecer soluções justas e efetivas. É indispensável que o juiz cumpra em cada caso o dever de dar efetividade ao direito, sob pena de o processo ser somente um exercício improdutivo de lógica jurídica²⁶.

Neste sentido, com supedâneo em Mauro Cappelletti e Boaventura de Sousa Santos, os ensinamentos de Marinoni e Arenhart:

o direito de acesso à justiça, atualmente, é reconhecido como aquele que deve garantir a tutela efetiva de todos os demais direitos. A importância que se dá ao direito de acesso à justiça decorre do fato de que a ausência de

²² Ibid., p. 31-66.

²³ BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19.

²⁴ Id.

²⁵ CAPPELLETTI; GARTH, p. 8.

²⁶ DINAMARCO, p. 117.

tutela jurisdicional efetiva implica a transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores²⁷.

Sob esta ótica é que Roberto Portugal Bacellar, analisando o contexto no qual se insere a caótica realidade do sistema judicial brasileiro, identifica uma quinta onda de reforma do movimento de acesso à justiça,

voltada ao desenvolvimento de ações em dois aspectos: a) de saída da justiça (em relação aos conflitos judicializados); b) de oferta de métodos ou meios adequados à resolução de conflitos, dentro ou fora do Estado, no contexto do que denominamos acesso à justiça como acesso à resolução adequada do conflito²⁸.

Muito há para se refletir e implementar na busca da concretização efetiva do acesso à justiça, visando a possibilitar que este conceito ainda utópico, possa tornar-se possível no mundo real.

Ressalte-se, por fim, que embora não possua sua redação expressa na Constituição Federal, este princípio é decorrência lógica da inafastabilidade de jurisdição prevista em seu art. 5º, inciso XXXV, visto anteriormente. Não seria razoável pensar em um direito à tutela jurisdicional, sem assegurar os mecanismos para que a pessoa possa dela se valer.

2.4 CELERIDADE PROCESSUAL

A Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou ao artigo 5º da Constituição Federal e, portanto, ao rol dos direitos fundamentais, o inciso LXXVIII, que garante a todos a razoável duração do processo²⁹.

Esta, como se pode imaginar, é a utopia da norma constitucional, cujo conteúdo, ademais, já se extraía dos princípios da inafastabilidade de jurisdição e do devido processo legal, mas que, frente à realidade do judiciário brasileiro, demonstra a preocupação do constituinte derivado em propor expressamente um princípio norteador da atividade estatal para viabilizar a celeridade processual.

Segundo José Afonso da Silva,

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 32.

²⁸ BACELLAR, p. 19.

²⁹ Art. 5º, LXXVIII, CF. A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

o acesso à Justiça só por si já inclui uma prestação jurisdicional em tempo hábil para garantir o gozo do direito pleiteado – mas crônica morosidade do aparelho judiciário o frustrava; daí criar-se mais essa garantia constitucional, com o mesmo risco de gerar novas frustrações pela sua ineficácia, porque não basta uma declaração formal de um direito ou uma garantia individual para que, num passe de mágica, tudo se realize como declarado³⁰.

Este princípio, como positivado pela Emenda Constitucional nº 45, traz, num primeiro momento, um comando normativo ao legislador, para que produza leis que garantam sua efetividade. Dirige-se, também, à administração judiciária, que tem a responsabilidade da gestão dos processos. Ainda, norteia os juízes no exercício de sua atividade, tendo a obrigação de, sem prejuízo do contraditório, propiciar um processo célere³¹.

Desta forma, na apreciação de situações concretas, e levando-se em consideração a elevadíssima carga de trabalho dos magistrados, a garantia da celeridade processual apresenta-se como limite à percepção da razoabilidade, sendo, portanto, imperiosa a criação e organização, tanto pelo Legislativo, quanto pelo próprio Judiciário, de novos meios que garantam a celeridade da tramitação dos processos³².

A realidade do judiciário brasileiro, todavia, demonstra a grande dificuldade na consecução deste princípio. Segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino³³,

sabe-se que no Brasil a morosidade dos processos judiciais e a baixa efetividade de suas decisões, dentre outros males, retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático.

Esta preocupação, ademais, não é fenômeno novo ou isolado, mas desde muito identificado pela doutrina. Mauro Cappelletti e Bryant Garth já alertam, em 1978, sobre as decorrências do aumento da demanda pelo Poder Judiciário. Em suas palavras³⁴,

³⁰ SILVA, p. 343.

³¹ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **O Novo Juiz e a Administração da Justiça**. Repensando a Seleção, a Formação e a Avaliação dos Magistrados no Brasil. Curitiba: Juruá, 2006, p. 47.

³² SILVA, p. 434.

³³ PAULO; ALEXANDRINO, p. 209.

³⁴ CAPPELLETTI; GARTH, p. 164.

Uma vez que grande e crescente número de indivíduos, grupos e interesses, antes não representados, agora têm acesso aos tribunais e a mecanismos semelhantes, [...] a pressão sobre o sistema judiciário, no sentido de reduzir a sua carga e encontrar procedimentos ainda mais baratos, cresce dramaticamente. Não se pode permitir que essa pressão, que já é sentida, venha a subverter os fundamentos de um procedimento justo.

Ainda, há “notícias que em 1912 Ruy Barbosa já fazia críticas exatamente sobre a demora na prestação jurisdicional e teria afirmado que: justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”³⁵.

Assim, considerando que a demanda processual existente já configura um grande obstáculo a ser transposto pelo Poder Judiciário, a tendência de crescimento, com a melhoria no acesso à justiça, é um desafio às estruturas processuais existentes.

3 DEMANDA PROCESSUAL E A ORIGEM DOS CONFLITOS SOCIAIS

Na definição das origens dos conflitos sociais não se consegue determinar apenas uma causa determinante, ou mesmo situações pontuais exclusivas, mas sim planificar um contexto a partir do qual se observa o surgimento dos litígios.

Falar que a sociedade vive um momento de crise já não é novidade, pois, talvez, dela nunca tenha realmente se afastado. A vida em sociedade, hoje sob a acepção do Estado Moderno, implica, por si só, na integração forçada do indivíduo dentro do contexto social, que acaba por abrir mão de parcela de seus direitos e de sua individualidade.

Hannah Arendt, referindo-se aos ensinamentos de Jean-Jacques Rousseau, assevera que

ele chegou à sua descoberta mediante uma rebelião, não contra a opressão do Estado, mas contra a insuportável perversão do coração humano pela sociedade, pela intrusão desta última em uma região recôndita do homem que, até então, não necessitava de proteção especial. [...] O indivíduo moderno e seus intermináveis conflitos, sua incapacidade tanto de sentir-se à vontade na sociedade quanto de viver completamente fora dela, seus estados de espírito em constante mutação e o radical subjetivismo de sua vida emocional nasceram dessa rebelião do coração³⁶.

³⁵ BACELLAR, p. 43.

³⁶ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 11 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 47.

Para demonstrar esta situação, de muito vale a noção do “Estado de Natureza” proposto por Hobbes, no qual os indivíduos viveriam sem a intervenção de um Estado (em qualquer das suas formas e modelos), e, portanto, exercendo suas vontades de maneira absoluta, o que acarretaria a prevalência da “lei do mais forte”, e, assim, a insegurança perpétua.

Esta ideia, precursora do contratualismo, permite imaginar que cada indivíduo possui sua própria esfera de direitos que, com o fim de se garantir o mínimo de estabilidade e pacificação social, abrem mão de parcela de sua liberdade, direcionando-as um poder (e aqui a noção do “contrato social”) que os organize.

Como se sabe, esta foi ideologia inicial para a legitimação do Estado Moderno enquanto detentor do poder, que não mais decorreria, em tese, do uso arbitrário da força (dominação) ou da alguma noção de divindade (devoção).

Todavia, a realidade fática impõe um exercício que supera o campo teórico, utópico, e que faz perceber a existência de um organismo vivo e em constante mutação (sociedade), cujos componentes (indivíduos), que nunca “assinaram” efetivamente este “contrato social”, por vezes encontram situações conflitantes entre suas “esferas de direito”.

Segundo Hannah Arendt, “as limitações legais nunca são salvaguardas absolutamente seguras contra a ação vinda do interior do próprio corpo político”³⁷.

A lei age, assim, como um limitador das liberdades individuais, mas que não consegue, *per se*, garantir a pacificação, se no próprio corpo social não houver a vontade e capacidade de mantê-la.

Por isso, diz-se atualmente que o papel do Direito não é apenas de fazer cumprir a lei (mesmo que coercitivamente), mas também de garantir que ela seja aplicada da melhor forma possível na obtenção de Justiça, propiciando a pacificação social.

Todavia, longe se está de conseguir cumprir satisfatoriamente com esta pretensão, e muito há que se pensar, analisar e discutir para que a ela se possa encaminhar.

Os conflitos, precursores dos litígios, surgem nas pessoas e nas sociedades pela congregação de diversos fatores que envolvem tanto o indivíduo quanto as

³⁷ Ibid., p. 239.

suas relações com os demais. Propõe Fiorelli, Fiorelli e Malhadas Junior que “a causa-raiz de todo conflito é a mudança, real ou apenas percebida, ou a perspectiva de que ela venha a ocorrer”, ou seja, uma mudança que acaba por afetar o equilíbrio do relacionamento entre os indivíduos e, assim, conduzir ao conflito³⁸.

Dentre os fatores que afetam este equilíbrio, as expectativas associadas aos relacionamentos não podem ser desconsideradas, ou seja, a ideia pré-concebida de que “o outro” aja de determinada maneira, seguindo-se um contrato psicológico que, considerando a volatilidade dessas expectativas e circunstâncias nas quais estão inseridas, depende de constante renegociação³⁹.

Para balizar o comportamento social é que as leis (ao menos em tese) são editadas. Tem-se um ordenamento orientador de condutas, pelo qual se pode almejar estabilidade, de forma a viabilizar uma expectativa de que a outra parte aja de determinada maneira (não única, mas dentro do direito). É, assim, uma previsibilidade mínima da conduta do outro.

Uma vez que se extrapole, não apenas as esferas individuais de direitos (o que poderia caracterizar abuso ou mesmo lesão, dano à parte), mas também esta expectativa que rege as condutas pode-se estar (e via de regra se está) diante de um conflito.

Até porque, como observa Bacelar, “se em relação à pretensão de um não houver resistência de outrem, não há lide e, portanto, a sociedade se autorregula sem acionar o Estado”⁴⁰.

Neste ponto, transparece a necessidade de se aferir a capacidade de uma sociedade de resolver os seus próprios litígios, ou mesmo, evitar seu surgimento.

A sociedade contemporânea brasileira, talvez pelo peculiar desenvolvimento histórico desde a colonização portuguesa, como território conquistado e, sempre, submisso à coroa de Portugal, que veio sofrendo e, de certa forma, aceitando sua condição, não conseguiu atingir a maturidade que se verifica em países nos quais a movimentação popular foi essencial para o molde de sua história.

Em outras palavras, o tão comemorado Estado Democrático de Direito brasileiro possui um nome muito mais atraente do que a realidade cotidiana escancara. As pessoas (entes individuais da sociedade) não conseguiram, ainda,

³⁸ FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio. **Mediação e Solução de Conflitos**: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2008, p. 6.

³⁹ Ibid., p. 30.

⁴⁰ BACELLAR, p. 14.

compreender o seu real significado, a importância dos princípios que traz consigo, nem, tampouco, seu papel em sua consecução.

Questões basilares de estabilidade democrática ainda tencionam sobremaneira a manutenção legítima da paz social no Brasil. Basta lembrar que há vinte e cinco anos (ontem, do ponto de vista histórico) se tinha um regime militar ditatorial (e que ainda encontra centelhas de aceitação e ânimo para seu retorno – inconcebível nas mais consolidadas democracias)⁴¹.

Um dos exemplos que podem ser levantados, aqui, para além da questão da interferência do Estado na sociedade, é a dificuldade de se manter a segurança jurídica nas relações puramente civis, ou seja, entre os próprios particulares.

Como decorrência da manifestação livre e consciente da vontade humana, os contratos deveriam enunciar obrigações assumidas pelas partes e que, portanto, seriam plenamente adimplidas, até porque o contrário, ressalvados casos muito excepcionais, seria um contrassenso.

Todavia, os contratos realizados não imprimem a segurança que lhes seria esperada. Há uma cultura escancarada de descumprimento contratual, e mesmo assim o direito privado parece ser incapaz de reagir de modo efetivo para trazer a necessária segurança jurídica. Do contrário, os contratos são pensados para a futura (e quase certa) discussão judicial.

Neste sentido, sobre o princípio da obrigatoriedade dos contratos, aqui negligenciada, já lecionava Caio Mário da Silva Pereira:

O princípio da força obrigatória do contrato contém ínsita uma ideia que reflete o máximo de subjetivismo que a ordem legal oferece: a palavra individual, enunciada na conformidade da lei, encerra uma centelha de criação, tão forte e tão profunda, que não comporta retratação, e tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem o Estado mesmo, a não ser excepcionalmente, pode intervir, com o propósito de mudar o curso de seus efeitos⁴².

Por óbvio que hodiernamente esta concepção absoluta do contrato vem sendo (e por positiva evolução jurídica) flexibilizada para evitar os abusos decorrentes do poder econômico, como, por exemplo, nas relações de consumo ou, como previsto na própria lei civil, nos contratos que resultem em onerosidade

⁴¹ Sem a pretensão de adentrar na legitimação material dos regimes democráticos nos demais países, mas apenas como referencial histórico a indicar a tenra idade da democracia brasileira.

⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 3. Contratos. Declaração Unilateral de Vontade. Responsabilidade Civil. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15.

excessiva, havendo permissivo legal para que as partes possam, então, reequilibrá-lo.

Contudo, a base da obrigatoriedade dos contratos deveria ser regra, e sua revisão judicial somente deveria ocorrer, excepcionalmente, nos casos autorizados pela lei para, como dito, evitar o desequilíbrio entre as partes.

Não é o que, entretanto, se observa. O Judiciário recebe diariamente inúmeras demandas ocasionadas por descumprimento contratual que, muitas vezes, poderiam ter sido evitadas, seja pela efetiva boa-fé das partes (não muito comum), seja pela correta utilização das garantias contratuais previstas na lei, como caução e fiança.

A cultura do respeito aos contratos necessita, assim, ser amadurecida na sociedade brasileira, proporcionando grande avanço na estabilidade das relações patrimoniais (e aqui se inserem boa parte dos litígios civis – e que não derivam puramente do descumprimento da lei ou do abuso de direito).

Por óbvio que esta premissa não se dirige somente ao particular pessoa física, mas especialmente às empresas fornecedoras de bens e serviços consumidos avidamente pela sociedade. Se a legislação consumerista fosse efetivamente observada – e talvez neste aspecto o custo (econômico) de seu desvirtuamento devesse ser mais elevado – um dos grandes focos originários de litígios seria apagado.

Neste ponto há que se destacar, também, que outra “anomalia” encontrada no direito brasileiro e, por que não dizer, na sociedade, que é constante desrespeito à decisão judicial. A própria existência da fase denominada de cumprimento de sentença (antigo processo de execução de título judicial), e a necessidade do constante aperfeiçoamento de seus mecanismos, já demonstra, *per se*, uma cultura de não cumprimento das determinações oriundas do Poder Judiciário.

Se o inadimplemento das obrigações contratuais já apresenta grave risco à segurança jurídica, o que se dirá do descumprimento das decisões judiciais, que deveriam ser estandartes da aplicação do Direito, mas que não vêm surtindo os efeitos desejados, muitas vezes transmutando-se em “apenas” um obstáculo a ser superado pelo poder econômico, ou em uma ordem a ser desobedecida pela má-fé inconsequente.

Com este breve e inicial panorama já se pode imaginar que a sociedade brasileira está completamente despreparada para se autotutelar (por exemplo, com

a utilização de métodos autocompositivos que adiante serão estudados), ou mesmo para a compreensão real do Direito (e sequer do conceito de Justiça), e prefere levar todas as suas questões à apreciação do Poder Judiciário.

Asseveram Keppen e Martins que

uma ideia, porém, precisa ser repensada, a de que havendo o conflito ou disputa, essa deva ser levada imediatamente e exclusivamente à instituição Poder Judiciário para resolvê-la. Deve-se superar essa ideia institucionalista, que é um produto histórico-cultural: acredita-se comumente que somente a instituição possa resolver o conflito jurídico com justiça. Não se acredita nas potencialidades do advogado, de terceiros ou das partes em resolvê-las⁴³.

O Estado (em tese como resultado da organização social) proíbe a autotutela dos interesses privados e a execução forçada dos interesses segundo o poder do particular, assumindo, em contrapartida, o monopólio da jurisdição, possibilitando ao particular recorrer à justiça para a concretização de seus interesses⁴⁴.

Está, assim, o monopólio da jurisdição organizado como instrumento de pacificação social, na medida em que impede que as pretensões privadas sejam levadas a efeito segundo o poder de cada parte envolvida, evitando-se o “estado de natureza” hobbesiano.

Mas este monopólio não exclui as demais formas de resolução de conflitos, nem deveria incentivar a sua utilização. Há de haver um equilíbrio, justamente para que a jurisdição possa ser bem desenvolvida.

Se todas as questões, mesmo as mais mesquinhas, forem encaminhadas ao Poder Judiciário, ademais de tornar impossível (logicamente) a atividade jurisdicional, retira a credibilidade desta instituição (poder), tanto por sua banalização, quanto porque não conseguirá entregar a sociedade a Justiça que lhe é pleiteada.

Deve haver necessidade e adequação na utilização da tutela jurisdicional para a concretização do Direito, pois além de reconhecer numa demanda quem, e em que grau o detém, ao Poder Judiciário incumbe a tarefa de realizá-lo, ou seja, entregar à parte o bem da vida pretendido, e não apenas uma declaração formal.

⁴³ KEPPEM, Luiz Fernando Tomasi; MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Introdução à Resolução Alternativa de Conflitos:** negociação, mediação, levantamento de fatos, avaliação técnica independente.... Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2009, p. 58.

⁴⁴ MARINONI; ARENHART, p. 31.

Desta forma, para efetivar-se, o Direito precisa se aproximar da realidade social, do mundo dos fatos. Neste sentido a observação de Luís Roberto Barroso:

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social⁴⁵.

Esta aproximação da sociedade, da mesma sorte, é o que legitima a atuação do poder estatal, visto que este não mais subsiste (como já exposto, e ao menos em tese) com a imposição coercitiva da vontade de um soberano, mas sim, com a boa prestação de sua inerente função, a pacificação social.

Marçal Justen Filho⁴⁶ assevera que

o Estado existe e o direito obriga, mas não porque sejam instrumentos da força física e psicológica de opressão dos mais fortes contra os mais fracos. A violência e a força bruta podem dar sustentação a um regime político e impor a observância de normas jurídicas, mas apenas temporariamente. A médio ou longo prazo, toda organização de poder político e todo direito somente podem se manter por outra via, relacionada com sua legitimidade.

Na árdua tarefa de fazer frente às demandas sociais, contudo, o Estado corre o risco de ver enfraquecida sua legitimidade como monopolista do poder Jurisdicional. O que vem sendo passivamente observado cotidianamente.

Adverte Dinamarco que,

o estreitamento do canal do acesso à justiça, além de produzir o indesejável descrédito do povo nas instituições jurídicas, produz o agravamento da litigiosidade latente, ponto que tem preocupado de forma muito significativa, pelas profundas repercussões de ordem social que pode acarretar. A expansão da autotutela privada, com o recrudescimento da violência e o surgimento dos chamados 'justiceiros', os quais fazem a 'justiça' que reflete o empobrecimento do espírito solidarista da população, são expressões magnas desse problema⁴⁷.

Vê-se, portanto, que este enfraquecimento da confiança da população na capacidade do Estado de solucionar, com efetividade, os conflitos sociais acaba gerando um acréscimo da litigiosidade, exatamente pelo medo da incompetência

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 9 ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009, p. 82-83.

⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 8.

⁴⁷ DINAMARCO, p. 686.

estatal e, por vezes, para aqueles que atuam de má-fé, pela certeza da não responsabilização (impunidade).

Conforme alerta Ada Pellegrini Grinover, essa crise enfrentada pelo Poder Judiciário

não acarreta apenas o descrédito na Magistratura e nos demais operadores do Direito, mas tem como preocupante consequência o incentivo à litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais; a busca de vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas, desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar aos 'justiceiros'⁴⁸.

Diz-se, aliás, que com a crescente demanda pelos serviços do Poder Judiciário, sem que este consiga resolver os históricos problemas de morosidade, custo, e adequação dos procedimentos, está-se diante da crise da Justiça, ou crise do Poder Judiciário. Situação que perdura há 30 anos, e não tem vistas de melhora⁴⁹.

Como causas deste fenômeno, Alexia Brotto Cessetti indica que a crise da Justiça

decorre, sim, da morosidade processual, mas igualmente de outros fatores como a cultura da litigiosidade, ausência de transparência, ampliação desmedida do acesso ao Judiciário, inexistência de filtros recursais efetivos ao processo judicial, má gestão da máquina judiciária, dentre outros⁵⁰.

Percebe-se um descrédito no judiciário enquanto garantidor de direitos, o que propicia (e aqui a sociedade brasileira se encontra num ténue equilíbrio) uma situação de anomia, principalmente em determinadas comunidades mais pobres (econômica e socialmente)⁵¹.

A anomia, ou seja, a ausência de norma (leia-se, de efetividade normativa das leis estatais) pode ser definida como

a situação em que, diante da incapacidade do Estado de fazer cumprir suas leis, as pessoas desintegradas do sistema e excluídas não se sentem como pertencentes ao Estado, o que enseja – pelo grupo social a que compõem –

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os Fundamentos da Justiça Conciliativa. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**. Ano 3. ed. 5. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2008, p. 23.

⁴⁹ BACELLAR, p. 22.

⁵⁰ CESSETTI, Alexia Brotto. A desjudicialização dos procedimentos especiais de jurisdição voluntária: nova onda reformista? **Revista Judiciária do Paraná**. Ano VIII, vol. 6. Curitiba: AMAPAR, 2013, p. 219.

⁵¹ BACELLAR, p. 25.

a ausência de observância ao sistema legislativo oficial e a observância de regras próprias⁵².

Isso é bastante verificado nas regiões onde o crime organizado lidera informalmente toda uma população, concedendo e controlando os serviços não ofertados pelo Estado. Todavia, para encobrir suas atividades delituosas, não raro se observam práticas arbitrárias e contrárias ao Direito, como assassinatos e penas cruéis, que aplicam com o objetivo de manutenção do controle. Segundo ressalta Bacellar, “essas organizações criminosas ocuparam o espaço deixado pelo Estado”⁵³.

Portanto é imperativo que o Estado se faça presente à população, não somente pelo Poder Judiciário, mas com a efetiva prestação dos serviços públicos, propiciando cidadania, e, assim, o sentimento de pertencimento dessas pessoas ao corpo social⁵⁴.

Uma sociedade deve ser capaz de garantir e entregar o Direito aos seus indivíduos de forma efetiva, seja por intermédio do Estado (Poder Judiciário), seja por métodos alternativos, pois disso depende a identificação do sujeito como membro da coletividade⁵⁵.

Como visto, observa Axel Honneth que

para o indivíduo, a denegação de pretensões jurídicas socialmente vigentes significa ser lesado na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de formar juízo moral; nesse sentido, de maneira típica, vai de par com a experiência da privação de direitos uma perda de auto-respeito, ou seja, uma perda da capacidade de se referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com todos os próximos⁵⁶.

É preciso, portanto, além de conhecer o Direito, tenha certeza de que, ao precisar, dele possa valer-se efetivamente. Caso contrário a insegurança, que já afeta o meio social, irá surgir dentro do próprio indivíduo, fazendo-o perceber-se à margem da tutela estatal, e assim, deixado de lado pela sociedade.

Exatamente por isso, a efetividade do Direito deve ser constantemente buscada, e não apenas sua existência em abstrato, potencial.

⁵² Id.

⁵³ Ibid., p. 25-26.

⁵⁴ Ibid., p. 27.

⁵⁵ HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. ed. 34. São Paulo, 2003, p. 216-217.

⁵⁶ Ibid., p. 216-217.

A existência do Poder Judiciário (ou de outro método que lhe faça as vezes na solução de litígios) é crucial para a estabilização social, devendo ser acessível a todos, ao mesmo tempo em que esta acessibilidade não pode torna-lo inócuo por incapacidade de digerir todas as demandas que lhe são imputadas.

A existência de conflitos é normal e natural de uma sociedade (e que, inclusive, força-a a amadurecer). Deles não se conseguirá esquivar-se. Daí a importância de um sistema organizado para a sua solução, não apenas pelo Poder Judiciário, mas por todos os métodos úteis, adequados e que concedam efetividade ao Direito.

Aliás, na lição de Cândido Rangel Dinamarco,

todo o discurso sobre o acesso à justiça, seja mediante a tutela jurisdicional de que se encarrega o Estado ou por obra dos meios alternativos (arbitragem, mediação, conciliação), insere-se na temática dos conflitos e da busca de soluções. O processo civil, como temática pacificadora, deita raízes na existência de conflitos a dirimir (ou crises jurídicas) e é daí que recebe legitimidade social e política como instituição destinada a preservar valores vivos da nação⁵⁷.

Todavia, e como já visto anteriormente, não é a esfera judicial a melhor e única saída para a solução dos litígios; quando muito não a pior, aquela que maior gravame traz às partes. Segundo Roberto Portugal Bacellar,

os conflitos que por alguma resistência das partes não encontrem solução prévia por negociação direta podem, e até recomenda-se que devam, ser submetidos a outros métodos extrajudiciais (alternativos). Quando ainda assim a questão não for resolvida, é que se impõe a atuação do Poder Judiciário de forma (adjudicada) para dizer a quem cabe o direito⁵⁸.

Há, assim, (ou ao menos deveria haver) uma gradação nas formas e nos procedimentos necessários e suficientes à solução dos litígios, não acolhendo razão à judicialização irracional e inconsequente de todos os conflitos advindos da sociedade. Não há sentido algum em assim proceder.

A judicialização exagerada dos conflitos sociais implica, inicialmente, segundo Bacellar, na “invasão do direito na organização da vida social, situação em que não há escolha e a relação, obrigatoriamente, deve ser regulada perante o Poder Judiciário”⁵⁹.

⁵⁷ DINAMARCO, p. 120.

⁵⁸ BACELLAR, p. 14.

⁵⁹ Ibid., p. 32.

Ainda, considerando a inafastabilidade de jurisdição e a gratuidade de sua prestação, há uma incapacidade (ou percepção de incapacidade) nas pessoas em resolver seus próprios conflitos interpessoais, gerando inclusive a sensação de comodidade, e uma crença (uma opção social), de que apenas o Judiciário conseguira resolver, definitivamente, o conflito relacional⁶⁰.

Neste sentido, assevera Bacellar que

muitos conflitos relacionais sociais que comumente acontecem precisam encontrar soluções (dentro do ordenamento jurídico), mas não necessariamente dentro do Poder Judiciário, daí falar-se em acesso à ordem jurídica justa é a resolução adequada dos conflitos – dentro ou fora do Poder Judiciário⁶¹.

Deve-se, assim, trazer à luz dos agentes envolvidos na função de pacificação social e, da mesma forma, de toda a sociedade, que existem diversas outras maneiras para se chegar ao fim de determinado embate, criando-se uma cultura de resolução civil dos litígios.

Nas palavras de Bacellar,

Para que o sistema judiciário como um todo possa cumprir o seu papel com eficiência e em tempo razoável [...], deve ser reservado ao Poder Judiciário, fundamentalmente, causas mais significativas que exijam o controle da legalidade nos casos de lesão ou ameaça de lesão a direitos. Todas as demais questões relativas a divergências de interesses, ruídos de comunicação, relações convencionais conflituosas, dentre outras, podem encontrar melhor resolução por outros métodos que não aqueles adversariais originados no modelo público tradicional desenvolvido perante o Poder Judiciário⁶².

Ademais, pode haver uma comunicação entre os sistemas, ou seja, um modelo no qual o Poder Judiciário também possa se valer de mecanismos como negociação, mediação e arbitragem, o que ainda vem sendo muito incipientemente utilizado.

De todo modo, demonstra-se razoável a coexistência entre os sistemas judiciais e extrajudiciais para viabilizar a operacionalização do Direito frente às novas demandas. O próprio Poder Judiciário deve realizar o aconselhamento prévio das partes que batem às suas portas, indicando a melhor forma de se solucionar um

⁶⁰ Id.

⁶¹ Id.

⁶² Ibid., p. 39.

conflito, proporcionando ao cidadão a capacidade de escolher pela melhor alternativa⁶³.

É imprescindível, desta forma, criar na sociedade, ainda que incipientemente (mas que em algum momento precisará ter uma origem para que possa se desenvolver), a cultura de resolução pacífica dos conflitos.

Esta muito provavelmente será chave para o enfrentamento do desafio que espreita o Poder Judiciário, não se podendo deixar de levar em consideração a importância que a cultura exerce dentro de uma sociedade, pois, segundo LAKATOS

através da cultura o homem adquire conhecimentos técnicos e necessários à sua sobrevivência física e social, podendo dominar e controlar, na medida do possível, o seu ambiente. Ela é fruto da criação do indivíduo e da sociedade numa integração mútua e recíproca⁶⁴.

Trazer à consciência coletiva a existência e efetividade de outros meios legítimos que não a jurisdição monopolizada pelo Estado para a solução dos conflitos, e garantir que sejam efetivos em seu propósito, será crucial para, garantindo o acesso à Justiça, fazer frente às demandas presentes e futuras.

4 MECANISMOS DE OTIMIZAÇÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS

Considerando que o acesso à justiça, conforme já demonstrado, é uma garantia dos indivíduos, especialmente no que tange à pacificação social, e partindo do pressuposto (ainda utópico) de que em determinados casos as demais formas de solução extrajudicial de conflitos, ainda que devidamente aplicadas, não se demonstraram efetivas, é necessário assegurar que o processo judicial o seja.

Afirmam Mauro Cappelletti e Bryant Garth, dentro da evolução do conceito de acesso à justiça, e frente às inúmeras dificuldades encontradas para sua efetivação, que

uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O 'acesso' não é apenas um direito social fundamental, crescentemente

⁶³ Ibid., p. 42.

⁶⁴ LAKATOS, Eva Maria. **Sociologia Geral**. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1982, p. 123.

reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica⁶⁵.

É de se reconhecer, aliás, por mais contraditório que possa parecer a primeira vista, que para viabilizar o acesso à justiça é necessário criar meios de solução de litígios que impeçam que todas as causas cheguem ao judiciário. Mas neste caso, o “impedir” não significa restringir; do contrário, pressupõe a ideia de desnecessidade da tutela judicial porque já resolvida, por outra forma e satisfatoriamente, a pretensão que seria deduzida.

Não obstante, a questão real que hoje se enfrenta é a pesadíssima demanda judicial e, até que a introdução dos novos métodos de solução de litígios seja efetivada de modo a expressar uma característica cultural da sociedade, é necessário garantir que o processo judicial seja constantemente aperfeiçoado para que, mesmo absorvendo a demanda que lhe é imposta, consiga assegurar a efetividade do Direito.

Assim, passa-se à análise de algumas das criações e alterações legislativas introduzidas no Direito Brasileiro, muito por influência dos ordenamentos jurídicos internacionais, cujos países enfrentam semelhante problema, mas também de criação pátria a serem exportadas.

4.1 JUIZADOS ESPECIAIS

Como se pode observar, o procedimento comum estabelecido para o processo ordinário torna deveras dificultoso o acesso das partes ao Poder Judiciário, se não, impossível. Basta imaginar uma causa em que se discutam baixos valores. Ainda que a parte entenda possuir o direito sobre dada quantia, e a isso lhe preste o ordenamento jurídico, as custas para sua cobrança pela via judicial ultrapassariam o valor do benefício que viria a ter, sendo, portanto, inviável.

Além disso, a dificuldade de acesso a serviços advocatícios e a demora no processamento das causas vêm tornando o processo cada vez mais inacessível.

Percebeu-se então, que o processo tradicional seria incompatível com uma vasta gama de direitos da sociedade contemporânea, mormente aos direitos transindividuais⁶⁶.

⁶⁵ CAPPELLETTI; GARTH, p. 13.

Tentando superar estes obstáculos, os Juizados Especiais, com inspiração nos Conselhos de Conciliação e Arbitragem criados no Rio Grande do Sul em 1982, foram instituídos no Brasil pela Lei nº 7.244/84, inicialmente como Juizados de Pequenas Causas e, posteriormente, adquirindo contornos constitucionais (art. 98, I e § 1º, CF), com a nomenclatura atual “Juizados Especiais Cíveis e Criminais”, com a Lei nº 9.099/95, e “Juizados Especiais Federais”, com a Lei nº 10.259/2001⁶⁷.

Longe da pretensão de se esmiuçar o sistema e procedimento dos Juizados Especiais, permanece a importância de se tecer alguns comentários sobre esta tão importante instituição para o poder judiciário e, assim, à sociedade.

Como se pode deduzir de seus princípios norteadores – oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade⁶⁸ –, os Juizados Especiais tentam aproximar o processo judicial da sociedade, buscando diminuir a enorme distância existente entre ambos, por todos os pontos já destacados.

Conforme observa Dinamarco,

ninguém duvida de que o cidadão comum não conhece e não entende o procedimento judicial. Conforme brilhantemente descrito por Franz Kafka, em sua afamada obra *O Processo*, o processo judicial é, para o leigo, uma figura nebulosa e intangível, somente compreendida pelos letrados na matéria. Essa perspectiva do processo assusta o cidadão e lhe impõe uma carga psicológica negativa a respeito da atuação jurisdicional⁶⁹.

Com isso, e por não possuir a capacidade de compreender o mecanismo do processo judicial, o cidadão comum acaba se sentindo intimidado frente ao Poder Judiciário, deixando de levar suas demandas à apreciação, abdicando de seu direito de ação e suportando lesão a seu direito, o que se denomina de litigiosidade contida⁷⁰.

Aliás, como ponto de reflexão, se este efeito pode ser observado no âmbito cível, as suas consequências são ainda mais devastadoras na esfera criminal, como, por exemplo, com o temor que recai sobre o acusado de enfrentar o próprio processo, deixando muitas vezes de apresentar qualquer defesa; bem como o “etiquetamento social”, ou seja, a taxaçoão (ou aqui, o receio e vergonha que isto

⁶⁶ DINAMARCO, p. 685.

⁶⁷ Ibid., p. 686.

⁶⁸ Já previstos no art. 2º da Lei 9.099/95

⁶⁹ Ibid., p. 688-689.

⁷⁰ Ibid., p. 689.

possa ocorrer) destes indivíduos como criminosos, antes mesmo de ultrapassarem o devido processo legal.

Desta forma, importante tecer algumas considerações sobre a Lei nº 9.099/95.

O artigo 3º da referida lei traz as hipóteses que delimitam a competência do Juizado Espacial Cível, sendo opcional para as causas cíveis no âmbito da Justiça estadual. Destaca-se, dentre elas a competência para o julgamento das causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo (inciso I), com a disposição de seu parágrafo terceiro, de que a opção por seu procedimento implica em renúncia ao crédito excedente (excetuada a conciliação, que poderá ser superior).

Há, da mesma forma, restrição às pessoas que podem ser partes no processo instituído pela lei em questão, nos termos de seu artigo 8º, que na maioria das vezes serão as pessoas físicas capazes, mas que (como admitido no inciso II de seu parágrafo primeiro), poderão também atuar como parte ativa, dentre outras, as microempresas.

Outra importante modificação trazida pela Lei 9.099/95 é a de que as partes, nas causas que não ultrapassem vinte salários mínimos, podem valer-se dos Juizados Especiais sem a assistência de advogado (ao menos em primeiro grau de jurisdição), caracterizando grande abertura do Poder Judiciário à população que, nos demais procedimentos, necessita obrigatoriamente dos serviços de um advogado para nele deduzir suas pretensões.

O procedimento previsto nesta lei é descrito como sumaríssimo, tendo grande influência do procedimento sumário. Ajuizada a ação, o réu será citado (em regra por correspondência com aviso de recebimento⁷¹) para comparecer à Audiência de Conciliação em data e horário designados para tal, que será conduzida pelo juiz togado ou leigo ou por conciliador sob sua orientação⁷². Não obtida a conciliação podem as partes optar por juízo arbitral. Caso contrário, passa-se à instrução, se não imediata, em audiência de Instrução e Julgamento que se realizará em data marcada na própria audiência de Conciliação⁷³.

⁷¹ Art. 18, I, Lei 9.099/95

⁷² Art. 22, Lei 9.099/95.

⁷³ A lei prevê que a audiência de Instrução deva ser marcada nos próximos quinze dias subsequentes à audiência de Conciliação (art. 27, parágrafo único), o que obviamente não se consegue reproduzir na prática.

Na audiência de Instrução serão decididas de plano todas as questões processuais pendentes, recebida a resposta do réu (contestação), ouvidas as partes, produzidas as provas necessárias, e proferida sentença⁷⁴.

Nos termos da lei, o procedimento parece bastante simplificado e célere, mas ainda encontra grande dificuldade para ser implementado, principalmente devido à elevada demanda processual e à ainda modesta estrutura deste sistema.

Os Juizados Especiais Criminais, por sua vez, a teor dos artigos 60 e 61, tem competência para as infrações penais de menor potencial ofensivo, consideradas, assim, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos.

As grandes inovações desta lei na esfera criminal dizem respeito à possibilidade de transação (conforme artigo 76), na qual o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, e a suspensão do processo, nos termos de seu artigo 89, aplicável aos crimes cuja pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, atendidos alguns requisitos.

Não se pode deixar de mencionar, ainda, que a Lei nº 10.259/2001 instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, sendo estes, ao contrário dos Juizados estaduais, de utilização obrigatória dentro de sua competência, cuja delimitação refere-se às causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos⁷⁵.

Aplicam-se, subsidiariamente aos Juizados Federais, os dispositivos da Lei nº 9.099/95, tratando, assim, a Lei 10.259/2001 apenas de adequar este sistema à realidade da Justiça Federal, inclusive com o aumento do valor limite para sua utilização.

Em complementação, a Lei nº 12.153/2009 acrescentou, ao sistema dos Juizados Especiais estaduais, os Juizados Especiais da Fazenda Pública, com competência absoluta nos foros nos quais estiverem instalados, e com valor limite até sessenta salários mínimos⁷⁶.

Desta forma, o sistema dos Juizados Especiais traz grande colaboração ao acesso e à celeridade da Justiça, com procedimentos simplificados, mas que

⁷⁴ Art. 28, Lei 9.099/95.

⁷⁵ Art. 3º, Lei 10.259/2001.

⁷⁶ Art. 2º, *caput* e § 2º, Lei 12.153/2009.

buscam, com os requisitos especificados na Lei 9.099/95, garantir o devido processo legal.

Como observa Dinamarco,

privilegiando a conciliação e a arbitragem, certamente os Juizados Especiais, em função de sua gratuidade, de sua rapidez e de sua informalidade aproximam-se muito mais da realidade de inúmeros litígios existentes no seio social, permitindo que estes venham a ser regulados por órgão estatal, legitimando a jurisdição pública e o controle da atuação do Direito pelo Estado⁷⁷.

Em comparação com os institutos judiciais oficiais de outros países, o sistema brasileiro dos Juizados Especiais é um grande exemplo de democratização de acesso à Justiça, considerando-se que é assegurado a todos, sem custos, e independentemente de demonstração de pobreza ou necessidade⁷⁸.

Assim, não há dúvidas de que os Juizados Especiais caracterizam grande avanço na consagração do acesso à Justiça, mas necessitam de constante aperfeiçoamento para conseguir entregar aos jurisdicionados a segurança do devido processo legal em tempo adequado.

4.2 REFORMAS PROCESSUAIS

Face à imensa demanda suportada pelo Poder Judiciário, muitos institutos vêm sendo agregados ao ordenamento jurídico, tanto pela Constituição Federal, quanto pela legislação infraconstitucional, com o intuito de instrumentalizar a prestação jurisdicional, e que serão a seguir resumidamente analisados.

Um destes institutos, que surgiu ante o desague desenfreado de processos no Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, é a Súmula Vinculante, conforme alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que acrescentou o artigo 103-A à Constituição Federal, tendo como objetivo diminuir a multiplicação dos processos e recursos encaminhados àquela corte.

Na mesma linha de raciocínio, está a necessidade de existência de repercussão geral para a admissão do Recurso Extraordinário⁷⁹, e o novo procedimento adotado, tanto pelo Supremo Tribunal Federal⁸⁰ quanto pelo Superior

⁷⁷ DINAMARCO, p. 687

⁷⁸ BACELLAR, p. 24.

⁷⁹ Art. 543-A, CPC, introduzido pela Lei nº 11.418/2006.

⁸⁰ Art. 543-B, CPC, introduzido pela Lei nº 11.418/2006.

Tribunal de Justiça na análise dos recursos repetitivos, este último em alteração mais recente⁸¹.

Outras importantes modificações vêm sendo realizadas no ordenamento para otimizar a tutela jurisdicional, especialmente aquelas referentes ao processo, das quais se destacam as Leis nº 11.187/05, que dispõe sobre o recurso de agravo no processo civil; 11.232/05, trazendo, também no processo civil, a fase de cumprimento de sentença no lugar da antigo processo de execução autônomo; 11.276/06, referente às súmulas impeditivas de recursos; 11.277/06, dispondo sobre a resolução antecipada do mérito em ações repetitivas, acrescentando ao Código de Processo Civil o art. 185-A; e 11.690/08, trazendo novas mudanças ao processo penal.

Note-se que todas as alterações legislativas, ainda que premidas da melhor das intenções, podem acabar implicando na diminuição da amplitude do contraditório, podendo sua implementação contínua afetar o devido processo legal.

Não se pode abrir mão do maior princípio norteador do processo, o devido processo legal, em prol da celeridade, sob pena do mesmo ser inócuo, ou pior, injusto.

Ademais, não irão estas reformas solucionar o problema em sua raiz (da litigiosidade), mas tão somente instrumentalizar o que já existe e está por vir. Neste sentido, salienta Alexia Brotto Cessetti que

de fato, todo esse movimento com vistas a desjudicializar, desformalizar e desburocratizar, conjugando celeridade e presteza na composição de interesses e conflitos, traz à baila a constatação de um sistema atual moroso e enfraquecido, que deve, portanto, ceder espaço à tendência contemporânea, de forma não a eliminar por completo os problemas da justiça mas, ao menos, viabilizar algumas soluções⁸².

Outro importante instrumento normativo introduzido, ainda em 1990, no ordenamento jurídico é o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), adequando o direito, tanto material quanto processual, à realidade fática, reconhecendo a hipossuficiência dos consumidores frente aos fornecedores e comerciantes.

Ademais, juntamente com a Lei nº 7.347/1985 (lei que disciplina a Ação Civil Pública), institui um microssistema processual próprio para a tutela dos interesses

⁸¹ Art. 543-C, CPC, introduzido pela Lei nº 11.672/2008.

⁸² CESSETTI, p. 221.

coletivos, que vem demonstrando grande efetividade, em especial pela legitimação ativa do Ministério Público.

O Código de Defesa do Consumidor fomenta, ainda, a criação de mecanismos de autocontrole nas relações de consumo, caracterizando uma possibilidade de solução das controvérsias pelos próprios consumidores e fornecedores, sem a necessidade de intervenção estatal.

Como exemplos, têm-se o controle de qualidade (prévio ou posterior à colocação do produto ou serviço no mercado); o *recall* (chamamento, pelo fornecedor, dos consumidores que adquiriram determinado produto a trazerem para sua troca ou reparo, em razão de defeito ou vício descobertos em momento posterior à aquisição); e os Serviços de Atendimento ao Consumidor – SAC, especialmente utilizados com a integração digital da sociedade.

Desta forma, o Código de Defesa do Consumidor buscou, quando de sua entrada em vigor, incentivar a autocomposição dos litígios, e a consequente diminuição da demanda processual.

Outras alterações legislativas e institutos vêm sendo introduzidos no ordenamento jurídico com a pretensão de desafogar o Poder Judiciário e conferir celeridade aos processos, mas devem ser vistos sob uma ótica evolutiva do procedimento (quando não como solução emergencial) que, contudo, não tem a capacidade de diminuir a litigiosidade social e a sua consequente judicialização.

4.3 MOVIMENTOS CONCILIATÓRIOS

Como já demonstrado, há que se ter em mente que os conflitos civis, quando resistidos, podem ser resolvidos por ato dos próprios envolvidos, que se denomina autocomposição; por ato do Estado, aqui por meio de um processo judicial, seja individual, seja coletivo; ou através da mediação ou da arbitragem, ou seja, por um terceiro que não exerce o poder estatal, mas que tem esta incumbência erigida pelas partes⁸³.

A conciliação, ainda que conceito explorado com maior ênfase em tempos atuais, já vinha prevista na Constituição do Império (1824), “com a determinação de Sua Majestade Imperial de que nenhum processo pudesse ter princípio, sem que

⁸³ MARINONI; ARENHART, p. 30.

primeiro se tivessem intentado os meios de conciliação (arts. 161 e 162)”⁸⁴. Não obstante, na fase Republicana sua obrigatoriedade foi abolida pelo Decreto nº 359 de 1890⁸⁵.

A partir de então, com a sucessiva “evolução” constitucional e da legislação processual, o movimento conciliatório foi ganhando sutil fôlego, sem, contudo, conseguir livrar a sociedade brasileira da cultura do litígio e da busca desenfreada pelo Poder Judiciário⁸⁶.

Roberto Portugal Bacellar define conciliação como

um processo técnico (não intuitivo), desenvolvido pelo método consensual, na forma autocompositiva, em que terceiro imparcial, após ouvir as partes, orienta-as, auxilia, com perguntas, propostas e sugestões a encontrar soluções (a partir da lide) que possam atender aos seus interesses e as materializa em um acordo que conduz à extinção do processo judicial⁸⁷.

Tem, assim, como finalidade o alcance de uma solução por consenso entre as partes, e a conseqüente extinção da relação processual⁸⁸.

A legislação atual já possibilita e incentiva a conciliação em qualquer fase do processo, geralmente obtidas pela transação, instituto do direito civil no qual as partes previnem ou terminam litígios mediante concessões mútuas⁸⁹.

O inciso IV⁹⁰, introduzido no art. 125 do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/1973), pela Lei nº 8.952/1994, traz a competência do juiz de, a qualquer tempo, tentar conciliar as partes, orientação que rotineiramente acaba sendo esquecida.

Ainda, há a audiência preliminar prevista no artigo 331 do referido Código, cujo objetivo é exatamente obter a conciliação para que, reduzida a termo, seja homologada por sentença, extinguindo o processo com resolução de mérito⁹¹.

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, desde sua criação vem, assim, incentivando a conciliação por meio de diversas campanhas e orientações aos magistrados, buscando a efetivação destes dispositivos.

⁸⁴ BACELLAR, p. 65.

⁸⁵ Ibid., p. 66.

⁸⁶ Id.

⁸⁷ Id.

⁸⁸ Ibid., p. 67.

⁸⁹ Ibid., p. 67-68.

⁹⁰ Art. 125, CPC. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: [...] IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

⁹¹ Art. 331, *caput* e parágrafo primeiro, cumulado com art. 269, III, ambos do Código de Processo Civil.

Inclusive, com este objetivo, foi editada Resolução nº 125 de 2010 (com a Emenda nº 1 de 2013), instituindo a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, dando nova ênfase à conciliação.

Como importante medida a ser mencionada, foi a determinação de criação, nos Tribunais, dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, inclusive com a possibilidade de firmar convênios e parcerias com entes públicos e privados⁹².

Mesmo com este novo contexto, observa Bacellar que a conciliação, todavia, não deve ser obtida de forma unicamente empírica, eis que muitas vezes acaba por ser conduzida de modo intuitivo e dentro do método adversarial. Do contrário, deve-se exigir do conciliador uma condução mais técnica do método consensual pela forma autocompositiva, indicando às partes, ao mesmo tempo, as desvantagens na manutenção do processo judicial, e as vantagens da conciliação⁹³.

Assim, a conciliação deve ser vista como uma regra para o processo civil e, somente ante a sua impossibilidade concreta, é que o mesmo deveria prosseguir, então, com o procedimento judicial formal e impositivo.

Para isso, não basta a previsão legal e a vontade dos magistrados e demais serventuários da justiça, deve haver a necessária capacitação destes agentes para o conhecimento e aplicação dos melhores métodos possíveis na obtenção da conciliação, que adiante serão expostos.

4.4 CONCILIAÇÃO NO PROCESSO PENAL: UMA PROPOSTA

Se no processo civil a conciliação já encontra inúmeras barreiras, sua aplicação ao processo penal é questão que enseja enorme controvérsia.

Num primeiro momento, dado o caráter excepcional do direito penal, de tutelar determinados bens jurídicos que merecessem tão especial proteção, seriam estes bens, assim, indisponíveis. Todavia, esta visão é irreal e não condiz, sequer, com esta utópica excepcionalidade.

O Direito Penal, hoje (e sempre), é cada vez mais aplicado, com uma inflação legislativa incriminadora, como adiante se esmiuçar, gerando uma

⁹² Art. 7º, Resolução 125/CNJ.

⁹³ BACELLAR, p. 69.

incessante demanda jurisdicional e, por conseguinte (como a “solução” ainda adotada pela sociedade contemporânea é, em regra, o encarceramento dos que sejam condenados), um aumento quase que irracional da demanda carcerária, absolutamente fora do limite que o Estado conseguiria suprir.

A atual figura que se tem do sistema penitenciário não demonstra ares de se sustentar por muito tempo. Não só o aumento delitivo da sociedade, mas especialmente a tendência criminalizadora e repressiva da legislação e pensamento jurídico contemporâneos, ocasionaram um estado de caos nas carceragens do país, com o inchaço de sua população, muito além da capacidade de absorvê-la.

Conforme alerta de Augusto Jobim do Amaral, e considerando que até a presente data não foi divulgado novo levantamento,

o Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen) do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) vinculado ao Ministério da Justiça, com referência ao último dado disponível de dezembro de 2012, aponta que havia um total geral de presos no sistema e na polícia de 548.003 indivíduos. Os dados consolidados de 2008/2009 demonstram que, em 2003, a população total no sistema era de 308.304 presos – quer dizer, em menos de dez anos, um incremento próximo de 80%⁹⁴.

Não é possível admitir que a situação continue neste ritmo de crescimento da população carcerária, seja pela incapacidade do Estado em suprir esta demanda, especialmente com o devido respeito à dignidade da pessoa humana, seja pela incongruência lógica do que isto significa para uma sociedade: a necessidade desesperada de se apelar aos métodos mais primitivos de punição.

Muito esforço vem sendo despendido pelo legislador ordinário em vistas à diminuição do número de pessoas encaminhadas ao sistema penitenciário, o que o faz na forma de benefícios e penas alternativas, sem, contudo, enfrentar o problema principal, que é a origem da criminalidade.

Neste sentido, alerta Amaral que

a institucionalização das penas e medidas alternativas não diminuiu os níveis de encarceramento no Brasil, ao contrário, a curva permanece crescente, gradual e constante, o que bem pode retratar a falácia do discurso que se mantém firme, até com belas intenções, quando da defesa dos instrumentos substitutivos com vistas a diminuir o impacto das políticas punitivistas⁹⁵.

⁹⁴ ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da Punição: a Ostentação do Horror**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 5.

⁹⁵ Ibid., p. 8.

O que se verifica, a bem da verdade, é a inflação da criminalização, a tipificação cada vez maior de certas condutas que, de outras formas, o Estado foi incapaz de solucionar (e, criminalizando-a, assume sua própria incompetência, relegando a sociedade à primitividade penal)⁹⁶.

Neste contexto, observa Amaral que

o que se procura arrematar é fundamentalmente o fato de que há uma tendência estrutural que vem inundando amplamente o plano das práticas punitivas há pelo menos trinta anos, principalmente no tocante aos mecanismos de controle em meio aberto, que acabam por reforçar esta dinâmica conjuntamente às instituições de confinamento. [...] Se os substitutos penais não respondem à atenuação da prisionalização e não servem de válvula de escape ao sistema prisional, aquilo que a uma primeira vista, apressadamente, poderia ser associado a um conjunto de mecanismos voltado a limitar a estrutural propensão ao excesso do poder punitivo, esconde verdadeiramente uma veia propulsora deste mesmo poder⁹⁷.

Não é segredo que o Direito Penal guarda, historicamente, e ainda hoje (senão em maior evidência), a característica de sua autolegitimação. Muito se defende sobre o caráter repressivo da pena, em especial quanto a sua didática em relação aos demais, olvidando-se de que esta cultura já se demonstrou, pela história da humanidade, insubsistente.

Nesta esteira, não há como se distanciar, aqui, da análise da crise na qual se encontra o Direito Penal contemporâneo, que vem arrastando consigo inúmeras impropriedades históricas, que tanto desafiam os juristas e aplicadores do direito.

Ao se falar em Direito Penal, dentro do contexto jurídico, idealiza-se, inicialmente (ou assim quer parecer o correto), a garantia da aplicação justa das penas, para aquelas condutas caracterizadas pela sociedade, por meio de seus representantes eleitos, como violadoras de determinados bens jurídicos que merecem a proteção penal.

Todavia, a esterilidade⁹⁸ do pensamento teórico, não pode se afastar da realidade fática, e da análise crítica de sua verdadeira essência. A necessidade de punir, não raras vezes, está muito mais associada à vontade de punir, do que sua pertinência aos bens jurídicos tutelados.

⁹⁶ Segundo Augusto Jobim do Amaral, com embasamento em Michel Foucault, “a pena de prisão, vista, então como forma essencial do castigo, desde quando colonizou a penalidade, foi marcada visivelmente pelo despotismo, pelo arbítrio e pelos ilegalismos. Quer dizer, noutros termos, a forma-prisão já nasceu ‘em crise’”. (ROSA; AMARAL. p. 16)

⁹⁷ Ibid., p. 41.

⁹⁸ Existente no mundo das ideias, sem a “contaminação” pelos fatos do mundo real.

O Poder Judiciário, muitas vezes em contraponto ao anseio social⁹⁹, deve aplicar o Direito. As pessoas quando pedem por “Justiça”, a bem da verdade não a querem, mas sim, clamam por vingança: querem a aplicação da pena a qualquer custo.

Ultrapassando a idealização teórica do Direito Penal, Amaral destaca que

a linguagem da punição, mesmo podendo muito bem estar associada às melhores intenções, seduz profundamente, pois sabemos desde tempos que o discurso não é simplesmente aquilo que manifesta ou oculta o desejo, mas é o próprio desejo, traduz não somente as lutas ou os sistemas de dominação, mas revela aquilo porque se luta, por que se luta – o poder, enfim, do qual queremos nos apoderar.¹⁰⁰

Vários são os fatores que determinam esta situação, em especial o medo e a vitimização social. Vive-se, aliás, numa sociedade de risco, onde ademais da possibilidade de lesão a bens jurídicos pelas mais diversas atividades desenvolvidas pela sociedade (que deve ser tratada primordialmente na esfera cível), há o medo da criminalidade, exatamente pela ineficiência das instituições existentes, que acaba por promover discursos repressivos, além do (não tão novo) conceito de terrorismo, ou seja, um medo institucionalizado contra algo impalpável, e permanente.

Nas palavras de Amaral,

há uma espécie de terror interno que produz uma ‘autoimunização’ na democracia – pois sabe-se que o pior e mais eficaz terrorismo, ainda que pareça externo ou internacional, é aquele que instala uma ameaça interior e lembra que o inimigo está também alojado dentro do sistema -, ou seja, destrói suas defesas imunitárias, subverte sua linguagem e fragiliza suas instituições¹⁰¹.

Ora, é gritante a forma com que o desespero¹⁰² punitivo acaba implicando na suspensão do Estado de Direito, ignorando-se o devido processo legal e a verdadeira necessidade da tutela penal.

⁹⁹ Conforme Augusto Jobim do Amaral, “são as instituições de justiça, mais que qualquer outra talvez, que se encontram confrontadas com os efeitos populistas. Quando num primeiro momento político, a democracia reage voluntariosa e programaticamente de forma imediata ao crime, tomada pela parcialidade da emoção, o Ministério Público ou os órgãos de Polícia vão à ajuda de uma sociedade ameaçada. Todavia, supõe-se o contrário no momento judicial, detido prudente e deliberadamente pelo seu trajeto processual. Algum culto ao rendimento é que poderá levar as instituições de justiça a não resistir e tornarem-se vulneráveis às agitações de opinião”. (ROSA; AMARAL, p. 62).

¹⁰⁰ Ibid., p. 44.

¹⁰¹ Ibid., p. 63.

¹⁰² A sociedade parece não saber mais como reagir à criminalidade senão sob a forma de anseio por medidas legais mais severas, olvidando-se da sua real causa.

Há que se constar, também, que a aplicação do Direito Penal determina uma de suas mais nefastas características, a seletividade: determinadas parcelas da população estão mais suscetíveis à tutela penal do que outras. E isto ocorre justamente com aqueles que menos têm condições de se defender, sendo que, o discurso pela penalização mais rigorosa acaba recaindo sobre a própria sociedade¹⁰³.

Por fim, e neste sentido, assevera Adel El Tasse que

a conflituosidade social não se freia com medidas punitivas, senão de enfrentamento ao conteúdo que a ocasiona, mas por outro lado, é certo que a sua presença produz violência, e a violência, medo, e a sua vítima torna-se fácil receptora dos argumentos de ampliação do poder punitivo estatal como mecanismo de combate à violência, não se podendo, em definitivo, exigir da vítima da violência que consiga enfrentar com racionalidade a situação que a ela se apresenta, renunciando ao seu desejo punitivo e pregando o combate aos problemas intrínsecos ocasionadores da conflituosidade social¹⁰⁴.

Tendo em mente este panorama, formas alternativas ao Direito Penal precisam ser idealizadas e aperfeiçoadas, pois a falibilidade do sistema penal e o seu próprio significado (de que o Estado e a sociedade não conseguiram resolver as questões sociais por outros meios) são permanentes.

Conclui, nesta toada, Augusto Jobim do Amaral que

o sistema penal não alivia os sofrimentos, senão, quando muito, os substitui por ressentimento, recalque ou outro mecanismo que não tardará a ser canalizado na produção de maior dor. Ele manipula as dores, viabilizando a legitimação do exercício ainda mais violento, incentivando os mais perversos sentimentos de vingança. Eis o seu escândalo, o qual nunca cessa de encarnar. [...] O seu uso no melhor dos casos é ineficaz para resolver os conflitos sociais, servindo, sim, para aumentar o mal produzido e suspender o conflito ao invés de resolvê-lo. Estigmatiza o sujeito, oferece falsas soluções e em nada satisfaz a própria vítima¹⁰⁵.

Desta forma, é hora de se debruçar sobre a questão da disponibilidade dos bens criminalmente tutelados, e a possibilidade de conciliação no processo penal.

O ordenamento jurídico atual já prevê a possibilidade, em certos crimes (crimes de menor potencial ofensivo e que se processem mediante ação pública condicionada ou ação privada) da vítima renunciar à mobilização da pretensão punitiva estatal.

¹⁰³ Ibid., p. 47.

¹⁰⁴ TASSE, Adel El. **O que é a impunidade**. Curitiba, Juruá, 2009, p. 35.

¹⁰⁵ ROSA; AMARAL, p. 51.

Guilherme de Souza Nucci – em contrapartida ao parágrafo único do artigo 104 do Código Penal, que dispõe que a renúncia (ao direito de queixa ou representação) não implica em abdicação do direito de recebimento da indenização civil do dano causado pelo crime – leciona que

no caso de infrações de menor potencial ofensivo, o acordo para a composição dos danos civis implica em renúncia, nos termos do art. 74, parágrafo único, da Lei 9.099/95: ‘Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação’¹⁰⁶.

Assim, uma vez que as partes (ofensor e ofendido) tenham transigido na esfera cível (reparação de danos), cessa a possibilidade de se iniciar ou dar seguimento à demanda criminal.

Para além da composição dos danos cíveis decorrentes da infração, e em especial no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, é (e deve ser) possível a conciliação entre as partes, especialmente porque tendente a minimizar os efeitos tanto do ato ofensivo praticado, quanto da imposição coercitiva da pena.

Segundo Bacellar, “sempre que a infração tiver autor do fato e vítima [...], é possível conversar e estabelecer um espaço dialógico de respeito para encontrar caminhos que levem à convivência pacífica entre as partes”¹⁰⁷.

Uma vez efetuado o acordo, inclusive em infrações que demandem ação penal pública incondicionada, pode ocorrer de não remanescer justa causa ou necessidade de prosseguimento na ação pelo ente Ministerial¹⁰⁸.

Neste sentido, e nas palavras do referido autor,

observa-se que a composição dos danos, a conciliação, a transação penal e a própria possibilidade de suspensão condicional do processo são hoje uma referência de bom aproveitamento do espaço dialógico de consenso que se estabelece nos Juizados Criminais¹⁰⁹.

Este sistema de conciliação criminal é muito utilizado nos Estados Unidos e países de sistema *common law*, com o instituto denominado *plea bargaining*, no qual o representante da acusação, equivalente ao Ministério Público, faz um acordo com o indiciado, extinguindo-se a persecução penal.

¹⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 218.

¹⁰⁷ BACELLAR, p. 73.

¹⁰⁸ Id.

¹⁰⁹ Ibid., p. 74.

Todavia, considerando sua amplitude, este instituto não consegue ser recepcionado pelo ordenamento constitucional brasileiro, dada a inafastabilidade de jurisdição, pois qualquer acordo realizado entre acusação e defesa teria que passar obrigatoriamente pelo crivo judicial, e para que isto ocorra, há necessidade de previsão legal.

Ainda, considerando a atual percepção do princípio do devido processo legal, não poderia nenhum indiciado abrir mão do devido processo e aceitar uma penalidade, basta ter em mente que o próprio arquivamento das ações penais deve passar, em regra, pela homologação judicial.

Observa Alexandre Morais da Rosa, no tocante ao princípio da Indeclinabilidade atinente ao processo penal, que “dentro do sistema pode acontecer a aplicação da Mediação Penal, cuja legislação está em tramitação, bem assim da Justiça Restaurativa”, mas que ainda não possui aplicação no Brasil¹¹⁰.

Assim, embora existam grandes possibilidades para a aplicação da conciliação no processo penal, inclusive com exemplos no Direito comparado, e no próprio Direito brasileiro, é necessária vontade política e jurídica para que ela se torne uma realidade mais efetiva e abrangente¹¹¹.

5 MECANISMOS DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS

Não se presta o presente trabalho ao estudo aprofundado dos institutos de solução de conflitos judiciais ou extrajudiciais, mas sim à sua identificação e conceituação de modo a aferir sua potencialidade na solução dos litígios, dentro da demanda atual e futura.

Todavia, importante verificar, ainda que em linhas gerais, os principais aspectos relevantes destes mecanismos, como conceitos, princípios, objetivos e características, com o fim de se esboçar um panorama geral das técnicas e métodos disponíveis à sociedade e ao operador do direito.

¹¹⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 129.

¹¹¹ Que apenas aquela prevista na Lei nº 9.099/95, a saber, a transação penal.

De início, há de observar que estes mecanismos podem ser observados sob a ótica de três fundamentos: funcional, social e político¹¹².

Do ponto de vista funcional, as vias conciliativas, como denomina Ada Pellegrini Grinover, buscam racionalizar a distribuição da Justiça, direcionando determinadas causas a instrumentos institucionalizados autocompositivos, e desobstruindo os Tribunais¹¹³.

Como fundamento social tem-se exatamente a sua função de pacificação social, na medida em que, ao contrário da sentença impositiva da lide levada a juízo, resolve a lide sociológica e, assim, “compõe, concilia, previne situações de tensões e rupturas, exatamente onde a coexistência é um relevante elemento valorativo”¹¹⁴.

O fundamento político, por sua vez, refere-se à participação popular na administração da Justiça, sendo um passo para sua democratização¹¹⁵.

Ademais de seus fundamentos, os métodos de solução de conflitos podem ser subdivididos em autocompositivos, nos quais as partes envolvidas buscam uma solução sem decisão autônoma e impositiva de um terceiro, sendo métodos cooperativos por excelência, como a negociação, a conciliação e a mediação; e os heterocompositivos, nos quais a solução é deixada a cargo de um terceiro, como o Juiz e o árbitro¹¹⁶.

Outra forma de se classificar estes métodos os divide em adversariais, e não adversariais. Os primeiros são aqueles nos quais não há cooperação e um terceiro imparcial, juiz ou árbitro, analisa os argumentos e as provas de ambas as partes e formula um resultado, sendo que o acolhimento da pretensão de uma das partes implica na rejeição da formulação da outra¹¹⁷.

Nos métodos não adversariais, também denominados consensuais, por sua vez, há cooperação entre as partes, e um terceiro imparcial irá analisar as questões relativas ao conflito, bem como o envolvimento emocional das partes, guiando-as na construção de um resultado. Trata-se de método autocompositivo no qual não há imposição da decisão¹¹⁸.

¹¹² GRINOVER, p. 24-27.

¹¹³ Ibid., p. 24.

¹¹⁴ Ibid., p. 25.

¹¹⁵ Ibid., p. 26.

¹¹⁶ FIORELLI; FIORELLI; MALHADAS JUNIOR, p. 51.

¹¹⁷ BACELLAR, p. 21.

¹¹⁸ Ibid., p. 22.

A arbitragem, a negociação, a conciliação e a mediação, embora mais conhecidas como métodos extrajudiciais de solução de conflitos – MESAC, vêm, aos poucos, sendo utilizadas pelo Poder Judiciário na solução das demandas que lhe são impostas, especialmente a conciliação e os métodos de mediação¹¹⁹.

Aliás, além de MESAC, diversas siglas são utilizadas para denominar os métodos não judiciais de solução de conflitos, que usualmente utilizam a negociação, mediação e arbitragem, a saber: ADR (*Alternative Dispute Resolution*) – Resolução Alternativa de Disputas; MASAC – Métodos Alternativos de Solução de Conflitos; e RAC – Resolução Alternativa de Conflitos¹²⁰.

Keppen e Martins salientam que embora a negociação, mediação e arbitragem sejam as técnicas mais utilizadas para a resolução de conflitos, outras variedades e combinações de métodos podem ser utilizados, todos tendo uma terceira parte cujo objetivo é conduzir as partes a um acordo, dentre outras: aconselhamento, avaliação preliminar imparcial (*early neutral evaluation*), *expert appraisal*, *ombudsman* e júri simulado (*summary jury trial*)¹²¹.

O aconselhamento “é um processo prático elaborado para lidar com os problemas emocionais, comportamentais e psicológicos de um cliente”¹²².

Como se pode deduzir, este conceito encontra maior guarida nas áreas médicas e terapêuticas, objetivando definir a real origem do conflito que, muitas vezes, advém da própria parte e, portanto, poderia ser resolvido sem a provocação da outra parte e do Estado, mormente nas questões atinentes ao Direito de Família. Por óbvio, não se pode descartar aqui o importante papel que os advogados exercem ao aconselhar seus clientes sobre a necessidade e razoabilidade na utilização da tutela judicial.

A avaliação preliminar imparcial (*early neutral evaluation*) mais utilizada na forma de avaliação técnica imparcial (*independent expert appraisal*), consiste na decisão independente e imparcial, por um perito nomeado pelas partes, acerca dos fatos e questões em conflito, utilizada em questões de cunho científico, por exemplo, com a encomenda de parecer a um especialista (*expert*) sobre o assunto em litígio.

¹¹⁹ FIORELLI; FIORELLI; MALHADAS JUNIOR, p. 51.

¹²⁰ BACELLAR, p. 28.

¹²¹ KEPPEM; MARTINS, p. 80.

¹²² *Ibid.*, p. 89.

Este procedimento pode ser utilizado tanto como solução final ao litígio, quanto como base para negociação¹²³.

O *ombudsman* consiste em procedimento no qual um indivíduo, previamente credenciado e bem preparado, participa do levantamento de dados das partes e questão em conflito, promovendo sua resolução através de métodos informais como a mediação e o aconselhamento¹²⁴.

O júri simulado, cujo nome já traduz sua essência, tem o condão de fornecer às partes e advogados um padrão prévio de decisão que seria obtida caso a questão fosse submetida ao Tribunal. Contudo, é uma técnica mais afeta aos países que utilizam o sistema da *common law*, como nos Estado Unidos, no qual o júri popular é uma garantia constitucional, mas que perde sua eficácia em terras brasileiras, já que as causas cíveis não são por ele (júri) apreciadas¹²⁵.

Todavia, um dos métodos mais utilizados, inclusive dentro dos demais procedimentos e técnicas, é a negociação, seja diretamente pelas partes, seja com o intermédio de um terceiro.

Muito utilizada no meio empresarial, a negociação recebeu especial interesse da Universidade de Harvard nos Estados Unidos, que desenvolveu o denominado “Método de Harvard”, cujos princípios baseiam-se, dentre outras premissas, em: separar as pessoas do problema; concentrar-se nos interesses e não nas posições; criar várias possibilidades antes de decidir; insistir em um resultado objetivo, independente de vontades; e lembrar que na negociação não há opositores ou adversários, e sim participantes¹²⁶.

Ainda, como mecanismo de solução extrajudicial de conflitos, com a utilização dos métodos autocompositivos acima indicados, tem-se a justiça comunitária, consistente em programas comunitários de mediação de conflitos, que buscam, por meio de presidentes de associações de bairro, juízes de paz e religiosos, guiar as partes a um resultado comum¹²⁷.

A partir deste panorama, alguns institutos merecem especial destaque, e na sequência serão identificados.

¹²³ Ibid., p. 86.

¹²⁴ Ibid., p. 88.

¹²⁵ Id.

¹²⁶ FIORELLI; FIORELLI; MALHADAS JUNIOR, p. 55.

¹²⁷ BACELLAR, p. 31.

5.1 MEDIAÇÃO

Conforme mencionado, os institutos de solução extrajudicial de litígios, como a mediação, não serão esmiuçados em todas as suas peculiaridades, não sendo este o foco deste estudo. Contudo, é imperioso destacar as principais peculiaridades desta técnica, com o objetivo de viabilizar a diminuição da demanda judicial ou, em determinadas circunstâncias, possibilitar que aquelas já iniciadas, possam receber uma solução mais pacífica e satisfatória às partes.

Segundo Fiorelli, Fiorelli e Malhadas Junior,

a mediação constitui um processo de transformar antagonismos em convergências, não obrigatoriamente em concordâncias, por meio da intervenção de um terceiro escolhido pelas partes. O terceiro, o mediador, atua para promover a gestão do conflito por meio do realinhamento das divergências entre as partes, os mediandos¹²⁸.

Trata-se, assim, de uma abordagem diferenciada da questão enfrentada pelas partes, possuindo o mediador uma perspectiva mais ampla e dissociada das emoções que cada parte nutre em relação à sua pretensão.

Para Bacellar, a mediação

além de processo, é arte e técnica de resolução de conflitos intermediada por um terceiro mediador (agente público ou privado) – que tem por objetivo solucionar pacificamente as divergências entre pessoas, fortalecendo suas relações (no mínimo, sem qualquer desgaste ou com o menor desgaste possível), preservando os laços de confiança e os compromissos recíprocos que os vinculam¹²⁹.

Para que seja bem sucedida, é importante que o mediador identifique o capital emocional da questão, ou seja, os fatores emocionais positivos e negativos percebidos e impostos pelas partes ao litígio, e os utilize no equilíbrio do conflito, fazendo com que as partes se conscientizem de sua dimensão, sendo método altamente recomendado às situações crônicas, com grande envolvimento emocional, e que demandem a necessidade de preservação do relacionamento entre as partes¹³⁰.

¹²⁸ FIORELLI; FIORELLI; MALHADAS JUNIOR, p. 58.

¹²⁹ BACELLAR, p. 85.

¹³⁰ FIORELLI; FIORELLI; MALHADAS JUNIOR, p. 60.

Fiorelli, Fiorelli e Malhadas Junior elencam os princípios norteadores da mediação, para se atingir o objetivo de obter a satisfação das partes e promover o autoconhecimento com crescimento cognitivo dos participantes, a saber¹³¹:

o caráter voluntário [...]; o poder dispositivo das partes [...]; a complementaridade do conhecimento; a credibilidade e imparcialidade do mediador; a competência do mediador [...]; a diligência dos procedimentos; a boa-fé e a lealdade das práticas aplicadas; a flexibilidade, a clareza, a concisão e a simplicidade, tanto na linguagem quanto nos procedimentos [...]; a possibilidade de oferecer segurança, em contraponto à perturbação e ao prejuízo que as controvérsias geram nas relações sociais; a confidencialidade do processo¹³².

Todavia, a mediação não pode ser aplicada a todas as questões, encontrando limitadores de ordem pessoal, como as condições emocionais dos participantes, e situações objetivas nas quais se sua utilização não se torna possível, como aquelas atinentes a bens e direitos indisponíveis e, em geral, nas causas em que se demonstre inviável a constituição de objetivos comuns¹³³.

Segundo Bacellar,

na mediação, há de se ter em mente que as pessoas em conflito a partir dessa concepção geral (negativa), ao serem recepcionadas, estarão em estado de desequilíbrio, e o desafio do mediador será o de buscar, por meio de técnicas específicas, uma mudança comportamental que ajude os interessados a perceber e a reagir ao conflito de uma maneira mais eficaz¹³⁴.

Como embasamento teórico para a mediação, tem-se a Teoria Geral de Sistemas – TGS, desenvolvida pelo biólogo e cientista austríaco Ludwig von Bertalanffy, segundo a qual há a necessidade de se considerar o todo ao se estudar as partes¹³⁵.

Ainda que pareça intuitivo, nem sempre as pessoas (e aqui incluídos os litigantes e árbitros – privados ou estatais), dão-se conta da visão geral que se deve ter do contexto para o processamento e melhor entendimento das circunstâncias individuais em análise.

¹³¹ Ibid., p. 61-62.

¹³² Ibid., p. 61.

¹³³ Ibid., p. 74-76.

¹³⁴ BACELLAR, p. 86-87.

¹³⁵ FIORELLI; FIORELLI; MALHADAS JUNIOR, p. 79.

Como sempre inseridas numa realidade fática, mas visualizadas sob a ótica de quem as interpreta, as circunstâncias relativas a um conflito de interesses devem ser observadas de forma holística, permitindo diferentes abordagens e perspectivas.

Exatamente com este objetivo, a saber, abstrair das emoções que tencionam as partes a focar única e exclusivamente em sua concepção acerca de determinada questão, é que o mediador (terceira pessoa imparcial e que não deve sofrer estas pressões), busca analisar sob diferentes ângulos o objeto do litígio, demonstrando às partes (cegas em suas razões) outras possibilidades de se solucioná-lo.

A Teoria Geral dos Sistemas, conforme se abordará em tópico posterior, permite verificar a constituição do terreno sobre o qual se debruçará a Teoria dos Jogos.

Estipula aquela teoria (TGS), conforme expõem Fiorelli, Fiorelli e Malhadas Junior, que

em um sistema, entendido como um conjunto de elementos interdependentes ou um todo organizado: o todo possui qualidades que nenhuma das partes possui; as qualidades do todo refletem-se em cada uma das partes; o que acontece com o todo influencia cada uma das partes; o que acontece com cada parte influencia o todo e todas as outras partes; cada uma das partes reflete o todo e todas as interações, de alguma forma¹³⁶.

Parte-se de uma situação peculiar para um patamar maior, mais abrangente, que se denomina sistema ampliado, no qual é possível contextualizar as pretensões das partes, cujo limite está na compreensão da sociedade como um todo, o sistema social, trazendo-as, então, à realidade¹³⁷.

Com isso em mente, percebe-se a importância do mediador como ente apartado das paixões das partes, em guiar a solução do litígio à racionalidade, fazendo com que muitas questões sejam resolvidas, em última instância pelas próprias partes (ao perceberem possibilidades diversas daquelas que tinham como únicas e verdadeiras).

Por isso, não é preciso grande esforço para perceber que a mediação possui elevada importância na solução de litígios, pois entrega às partes resultado satisfatório, já que fruto de seu próprio processo racional, muitas vezes convergindo seus interesses.

¹³⁶ Id.

¹³⁷ Ibid., p. 80-81.

Assim, além de se acabar com o litígio, propicia-se a manutenção da relação que as partes detinham, seja ela de qualquer espécie (afetiva, profissional, mercadológica...).

Pode-se dizer que, embora muitas vezes esquecida nos meios de pacificação social, mormente na esfera judicial, a mediação, se possível e aplicável à questão em foco, demonstra-se como uma das melhores opções aos envolvidos.

Aliás, transportando a questão para a sociedade de consumo, as empresas fornecedoras de bens e serviços precisam ter a percepção de que a mediação apresenta-se mais vantajosa no contexto mercadológico, pois além de resolver o litígio com o consumidor sem a imposição de uma sanção judicial (o que soe acontecer), ainda mantém a fidelidade do consumidor e, em amplo aspecto, a higidez de sua imagem/marca no mercado.

Da mesma forma, a prática costumeira no “não-acordo” nas audiências de conciliação relativas às relações de consumo, com prepostos nomeados “ad-hoc” pelas empresas, sem qualquer conhecimento sobre a causa ou poderes para transigir, deveria ser abandonada. Os benefícios da criação de quadro próprio de empregados aptos a formalizar acordos, extrajudiciais ou na constância do processo, seriam percebidos tanto pelas partes (consumidor e fornecedor), quanto pelo Poder Judiciário, que deixaria de absorver esta incessante demanda processual.

5.2 ARBITRAGEM

A arbitragem consiste num método ou procedimento no qual a decisão sobre determinada questão é delegada a um terceiro. É um instituto histórico que, antes mesmo da jurisdição estatal, já era utilizada pelas partes em conflito¹³⁸.

Pode ser definida como “a convenção que defere a um terceiro, não integrante dos quadros da magistratura oficial do Estado, a decisão a respeito de questão conflituosa envolvendo duas ou mais pessoas”¹³⁹.

Segundo Marinoni e Arenhart,

a arbitragem surge como forma alternativa de resolução dos conflitos, colocada ao lado da jurisdição tradicional. Sua tônica está na tentativa de

¹³⁸ Ibid., p. 53.

¹³⁹ BACELLAR, p. 96.

ladear o formalismo – muitas vezes exagerado – do processo tradicional, procurando mecanismo mais ágil para a resolução dos problemas. [...] Costuma-se dizer que a arbitragem é meio alternativo de pacificação social (e de solução dos conflitos), colocada ao lado da estrutura jurisdicional do Estado, através da qual se atribui a alguém – por iniciativa e manifestação de vontade dos interessados – o poder de decidir certo litígio a respeito de interesses disponíveis, de forma cogente¹⁴⁰.

No Brasil já vinha prevista na Constituição de 1824, que possibilitava às partes a nomeação de juízes árbitros para as causas cíveis e penais civilmente intentadas e, atualmente, está positivada na Lei nº 9.307/96, conhecida como Lei da Arbitragem, ou Lei Marco Maciel.¹⁴¹

Com esta lei, a decisão arbitral não depende mais de homologação judicial, e a cláusula compromissória (que as partes firmam no contrato comprometendo-se a utilizar, caso necessário, o juízo arbitral) passou a ter força cogente¹⁴².

Duas são as correntes (e não há consenso) que procuram definir a natureza jurídica da arbitragem, se contrato (corrente contratualista ou privatista), ou jurisdição (corrente publicista)¹⁴³.

Não há, todavia, prejuízo à arbitragem a falta de concordância da doutrina, visto que trabalham para a constante evolução do instituto, sendo que ao mesmo tempo em que a cláusula de arbitragem é de manifestação livre das partes, uma vez nomeado o árbitro, este é investido de jurisdição (já anteriormente determinada na cláusula) para a solução daquele caso concreto, proferindo uma sentença arbitral¹⁴⁴.

A sua utilização apresenta diversas vantagens em relação ao procedimento judicial, sendo menos formalista e permitindo flexibilização procedimental, sem, todavia, afastar-se da garantia do contraditório e ampla defesa, além de ser procedimento sigiloso, o que pode ser de grande valia a determinados casos, especialmente aos conflitos empresariais¹⁴⁵.

Sobre as vantagens da arbitragem, especialmente em relação à aceitação, pelas partes, de seu resultado, asseveram Fiorelli, Fiorelli e Malhadas Junior que

o árbitro (ou árbitros), escolhido livremente pelos litigantes, credencia-se a atuar como 'jugador' da causa pela confiança que inspira às partes, baseada na especialidade que detém sobre determinada matéria e na idoneidade (consolidadas ao longo de sua vida profissional e pessoal).

¹⁴⁰ MARINONI, ARENHART, p. 761.

¹⁴¹ BACELLAR, p. 95.

¹⁴² Ibid., p. 97-98.

¹⁴³ Ibid., p. 99.

¹⁴⁴ Ibid., p.100-101.

¹⁴⁵ Ibid., p. 105-106.

Instalado o 'tribunal arbitral', composto de dois ou mais árbitros com total imparcialidade, indicados, repete-se, livremente pelos próprios litigantes, torna-se natural que se aceite e se cumpra sua decisão¹⁴⁶.

Importante aqui, um parêntese sobre o procedimento especial de arbitragem previsto na Lei nº 9.099/95 para os Juizados Especiais¹⁴⁷, nos termos de seus artigos 24 a 26.

Trata-se de procedimento distinto, mas que convive com a arbitragem da Lei nº 9.307/96, até porque utilizados em momentos distintos, sendo aquela uma arbitragem endoprocessual que se baliza, nos termos da Lei nº 9.099/95, pela equidade, e demanda homologação do laudo arbitral pelo juiz togado¹⁴⁸.

Dito isto, há se observar que a arbitragem possui limitações de ordem subjetiva, ou seja, somente pessoas capazes de contratar podem, assim, submeter-se à arbitragem, bem como de ordem objetiva, a saber, a matéria em litígio deve versar sobre direitos patrimoniais disponíveis¹⁴⁹.

Não obstante, considerando a indisponibilidade do patrimônio público, mas acreditando ser-lhe mais benéfico, tanto a Lei nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas)¹⁵⁰, quanto a Lei nº 11.196/2005 que modificou a Lei nº 8.987/1995 (Lei Geral da Concessão e Permissão de Serviços Público)¹⁵¹ possibilitam a utilização de mecanismos privados par a solução dos litígios que surjam a partir do contrato firmado, dentro dos quais está inserida a arbitragem¹⁵².

Sobre este aspecto, assevera Bacellar que

é de fundamental e extrema importância para o êxito dessas contratações a possibilidade de utilização da arbitragem, na medida em que o investidor privado, conhecendo a morosidade do Poder Judiciário e podendo até

¹⁴⁶ FIORELLI; FIORELLI; MALHADAS JUNIOR, p. 53-54.

¹⁴⁷ Art. 24. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei. § 1º O juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente, o Juiz convocá-lo-á e designará, de imediato, a data para a audiência de instrução. § 2º O árbitro será escolhido dentre os juízes leigos.

Art. 25. O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade.

Art. 26. Ao término da instrução, ou nos cinco dias subseqüentes, o árbitro apresentará o laudo ao Juiz togado para homologação por sentença irrecurável.

¹⁴⁸ BACELLAR, p. 107-108.

¹⁴⁹ Ibid., p. 110.

¹⁵⁰ Lei nº 11.079/2004. Art. 11, III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa [...].

¹⁵¹ Lei nº 8.987/1995. Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa [...].

¹⁵² BACELLAR, p. 111.

escolher Câmara arbitral especializada, passará a sentir mais segurança para promover investimentos em projetos de infraestrutura de transporte, saneamento, energia e saúde, dentre outros¹⁵³.

Em que pese o permissivo legal nestas hipóteses, em âmbito geral ainda não está pacífica a possibilidade de utilização de métodos extrajudiciais de solução de conflitos quando estes envolvam a Administração Pública¹⁵⁴.

Torna-se necessário, portanto, aprimorar este instituto de modo a compatibilizar seus procedimentos aos princípios norteadores da administração pública, especialmente porque o Estado é parte na maioria das demandas judiciais, e sua utilização seria, assim, de grande valia à celeridade e eficiência na solução dos litígios.

Ademais, a arbitragem merece maior atenção da sociedade e do Estado como importante mecanismo extrajudicial para a solução de conflitos, pois até o momento poucas causas lhe são encaminhadas, preferindo ainda, a população, a submissão de suas lides ao Poder Judiciário, mesmo aquelas relativas a direitos patrimoniais disponíveis.

Percebe-se, portanto, tratar-se de questão cultural, sendo necessário inserir a arbitragem na rotina dos operadores do direito (e, logicamente, das partes), diminuindo a carga processual do Judiciário, e proporcionando solução justa e eficiente à sociedade.

6 TEORIA DOS JOGOS: OUTRA PROPOSTA

Com base no que foi exposto, exsurge, então, a Teoria dos Jogos como aliada na otimização dos processos formadores dos conflitos, e daqueles que se dispõe a solucioná-los. Diferentes perspectivas podem ser abordadas sob a luz desta teoria que, conforme se explicitará, tem grande valia na resolução dos litígios.

Nas relações sociais, embora sem a consciência das partes, os atos externados por um indivíduo, de certa forma, influenciam a coletividade. Como há muito já observado, é da natureza humana a vivência em sociedade, e não se pode imaginar que as atitudes tomadas por um indivíduo serão reservadas unicamente à

¹⁵³ Id.

¹⁵⁴ Ibid., p. 117.

sua esfera de direitos. Aliás, exatamente para regular eventual colisão entre estes limites intersubjetivos é que surge o Direito.

Dentro desta ideia, é importante observar a existência de uma interdependência recíproca¹⁵⁵ entre os participantes da sociedade, em especial no que tange às decisões que afetem a coletividade. Aliás, como forma de iniciar o estudo da Teoria dos Jogos, Ronaldo Fiani estabelece que “uma situação de interação estratégica é aquele em que os participantes, sejam indivíduos ou organizações, reconhecem a interdependência mútua de suas decisões¹⁵⁶”.

A partir de então, alguns conceitos trazidos pela Teoria dos Jogos serão muito úteis na tomada de decisões, sendo os conflitos judiciais ou extrajudiciais, via de regra, o que se denomina de jogos simultâneos, ou seja, situações nas quais não se pode ter certeza do tipo de estratégia que será adotada pela parte (ou mesmo se está adotará alguma)¹⁵⁷.

Para melhor didática, as partes serão chamadas, aqui, de jogadores, e o litígio tratado como um jogo, permeado por ações e estratégias.

A partir de então, observa Ronaldo Fiani que

é tempo de começarmos a discutir como os jogadores tomam suas decisões em situações de interação estratégica, isto é, como se deve jogar um jogo. Para isso, precisamos determinar quais serão os resultados mais prováveis do jogo caso os jogadores ajam racionalmente¹⁵⁸.

Ou seja, num jogo como os conflitos judiciais, parte-se do pressuposto de que as partes escolherão a estratégia que produza os melhores resultados para si, e para isto necessitam de advogados habilitados a orientá-las e bem prestarem seus serviços.

Como as estratégias são variáveis, e não podem ser previstas com exatidão pelos outros jogadores, um importante conceito para solucioná-las é o equilíbrio de Nash. “Diz-se que uma combinação de estratégias constitui um equilíbrio de Nash quando cada estratégia é a melhor resposta possível às estratégias dos demais jogadores, e isso é verdade para todos os jogadores”¹⁵⁹.

¹⁵⁵ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos**: com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 2.

¹⁵⁶ Id.

¹⁵⁷ Ibid., p. 93.

¹⁵⁸ Ibid., p. 79.

¹⁵⁹ Ibid., p. 93.

Ou seja, os jogadores devem ser aptos a identificar as principais estratégias possíveis (aquelas que os levem aos melhores resultados), tanto próprias, quanto da outra parte, e a partir de então considerar a escolha daquela que, frente a qualquer uma adotada pela outra parte, lhe proporcione o melhor resultado possível.

A Teoria dos Jogos e em especial o Equilíbrio de Nash podem ser descritos por meio de fórmulas matemáticas, com notações e operadores próprios, todavia não se pretende aqui realizar esta tradução científica entre a ciência jurídica e as ciências exatas.

Para tanto, basta identificar que, via de regra, este é um processo que os jogadores realizam intuitivamente (ou ao menos se presume que o façam), mas que surtiria melhores efeitos se fosse planejado e objetivamente analisado.

Basicamente, como descreve Fiani, “o que a definição que apresentamos do equilíbrio de Nash está exigindo é que todas as estratégias adotadas por todos os jogadores sejam as melhores respostas às estratégias dos demais”¹⁶⁰.

Seguindo adiante, há de se observar que o Direito apesar de discutível, usualmente acolhe a uma das partes, destinando-se o processo muitas vezes à instrução probatória para suportá-lo.

Assim, as partes muitas vezes estarão diante de situações nas quais a posição do outro jogador é muito mais favorável que a sua, por exemplo quando tem certeza de estar acolhida pelo direito, e que houve lesão pela outra parte.

Ainda assim, a teoria dos jogos fornece conceitos que podem ajudar os jogadores a escolherem suas estratégias, como a melhoria paretiana e o ótimo de Pareto. Segundo Fiani,

quando a situação de pelo menos um agente melhora, sem que situação de nenhum dos outros agentes piore, diz-se que houve uma melhoria paretiana, ou uma melhoria no sentido de Pareto. Da mesma forma, se em uma dada situação não é mais possível melhorar a situação de um agente sem piorar a de outro, diz-se que essa situação é um ótimo de Pareto, o que significa que, dadas as circunstâncias, ganhos de eficiência não são mais possíveis¹⁶¹.

Não se trata de algo tão distante da realidade jurídica, pois, quando as chances de ser vencido no processo são elevadas, busca-se, a bem da verdade,

¹⁶⁰ Ibid., p. 94.

¹⁶¹ Ibid., p. 102.

diminuir as perdas, ter um menor prejuízo ou, em outras palavras, uma menor condenação.

Ora, como visto anteriormente, a mediação utiliza amplamente estas ideias, primeiro ao abstrair as partes de suas emoções para tornar o ambiente racional, e depois ao colocar “à mesa”, todas as possibilidades e quais as melhores opções a serem adotadas por ambas as partes, e que trarão melhores resultados mútuos.

Partindo destes conceitos, e na análise de litígios judiciais ou extrajudiciais, não se pode deixar de considerar o contexto no qual os jogadores estão inseridos, e a influência de suas decisões na sua estabilidade.

Como observa Fiani,

o fato de que os jogadores estão adotando as melhores respostas às escolhas dos demais não significa, necessariamente, que suas decisões, quando tomadas em conjunto, resultam na melhor situação possível. Com efeito, uma escolha que, do ponto de vista de um agente isoladamente pode ser ótima, caso seja adotada pelos outros agentes pode se revelar um problema¹⁶².

Assim, para uma empresa que sofra determinado número de condenações em virtude de prática abusiva (em relação aos consumidores), cada condenação pode ser desprezível, e até mesmo contabilizada no preço final de seu produto ou serviço. Contudo, um número elevado de condenações pode, além de inviabilizar economicamente sua atividade, acabar com sua imagem no mercado.

Nos jogos reais, o contexto é formado não apenas por jogadores, mas por outros partícipes que sofrem sua influência, mas que também irão influenciar no resultado final, como no caso exemplificado, os concorrentes no mercado, o Estado como regulador, e também os demais consumidores.

Ademais, isso pode ser vislumbrado nos mais diversos ambientes que necessitem a tomada de decisões por jogadores que afetem e sejam afetados pelos demais¹⁶³, ou seja, em todo contexto social.

Em determinados casos uma solução cooperativa pode ser, não apenas mais benéfica, como necessária à manutenção do equilíbrio do jogo (pacificação social, mercado, economia, etc.). Os jogadores devem estar atentos, assim, a questões que sejam de interesse mútuo e que sobre as quais deve haver coordenação decisiva.

¹⁶² Ibid., p. 103.

¹⁶³ No exemplo de Ronaldo Fiani: “Impor uma tarifa elevada sobre as importações que chegam de outro país pode parecer uma boa ideia para um país isoladamente, mas se todos os países tomam a mesma decisão, o comércio internacional se reduz e todos saem prejudicados”. (FIANI, p. 103).

Em outras palavras, embora exista uma pluralidade de equilíbrios de Nash possíveis, a seleção do mais adequado pode passar pela observância de um ponto focal, ou seja, “um elemento que se destaca de um contexto, e que permite aos jogadores coordenarem suas decisões em um dentre vários equilíbrios de Nash possíveis”¹⁶⁴.

Muitos exemplos podem ser imaginados no contexto social, e um que aqui se propõe é a opção pela utilização dos meios extrajudiciais de conflitos ao invés da jurisdição estatal (ou mesmo de apresentar infundáveis recursos nesta), cujo ponto focal seja a manutenção da capacidade do Judiciário de suprir as demandas mais complexas e que envolvam interesses indisponíveis, contribuindo para a estabilidade social.

Ainda, algumas ideias merecem destaque, inclusive como proposta a futuras investigações, levando-se em consideração, aqui, a aplicabilidade desta teoria sob três óticas distintas: nos litígios abstratamente considerados, nos procedimentos extrajudiciais, e no processo judicial.

Como já descrito anteriormente, nos litígios que surgem da sociedade (abstratamente considerados), a teoria dos jogos pode ser importante na formação da cultura social de evitá-los ou, ainda, de melhor resolvê-los. A capacidade das pessoas em perceber que a interrupção abrupta de determinada relação intersubjetiva (com o apelo ao Judiciário) para buscar a melhor solução pessoal, nem sempre lhe será benéfica e, ainda, terá grande potencial de afetação do equilíbrio da segurança jurídica, gerando instabilidade por ausência dessa flexibilidade mínima nas relações sociais.

Por outro lado, em determinadas questões, como nas relações de consumo, a internalização pelo mercado de que o exercício dos direitos das partes (pelo maior número de participantes possível), seja pela via judicial, seja pela extrajudicial, e do qual decorra sua certa e efetiva aplicação, pode aumentar o custo dos abusos cometidos, tornando-os inconvenientes.

Na busca da estabilização social e criação de um “senso de justiça”, é necessário evitar a repetição de atos lesivos, que culmina na ideia de impunidade e no descrédito do Estado. Para isso, a existência de mecanismos ágeis e eficazes,

¹⁶⁴ Ibid., p. 106.

bem como que deles as pessoas se utilizem, é condição necessária à segurança jurídica.

Ademais das relações de consumo, as relações que envolvam o Estado e o cidadão seguem a mesma tendência, pois, contabilizado o custo (financeiro e/ou político) da certeza de uma reprimenda jurídica (judicial ou não; mas eficiente), a solução lógica seria a adequação dessas entidades ao Direito.

Nos procedimentos extrajudiciais, como visto, a teoria dos jogos pode ajudar na escolha dos melhores métodos para a composição ou resolução dos litígios, tanto pelas partes, quanto pelo terceiro eventualmente escolhido, pois determinadas demandas, em determinados contextos, podem ser mais bem resolvidas, com um ou outro método.

Aliás, dentro destes métodos, especialmente na mediação e nos demais métodos que tem por base a negociação, esta teoria pode oferecer às partes a visão dos resultados possíveis com as suas atitudes, favorecendo a escolha de ações que propiciem a obtenção de um resultado justo e bom para os envolvidos. Como visto, nem sempre o melhor para uma parte isolada (jogador), mas o melhor possível para a questão que se apresenta, de modo a favorecer ambas as partes.

Ainda, torna-se relevante que a utilização destes mecanismos alternativos ao Poder Judiciário seja de conhecimento de todos, pois, como a escolha da melhor opção à solução de uma lide isolada depende da confiança que os demais depositaram, previamente, em determinado instituto, a consciência da qualidade desta “estratégia” será fundamental para sua opção.

A Teoria dos Jogos pode ser aplicada, da mesma forma, aos processos judiciais, na medida em que permite a escolha dos procedimentos e mecanismos processuais a serem utilizados (como momentos mais adequados, provas a serem produzidas, recursos, incidentes, teses de acusação e defesa, dentre outros), que se demonstrem mais adequados para o contexto no qual se inserem as partes (jogadores) e o juiz.

No atual estágio de desenvolvimento do Direito Processual, já se sabe que diversos são os fatores que influenciam no desenvolvimento da lide, ademais das questões puramente jurídicas, pois, como os jogadores e julgadores são indivíduos, recebem influências dos mais variados aspectos.

Neste sentido, Alexandre Moraes da Rosa observa que

a metáfora da teoria dos jogos como instrumento de compreensão do processo penal parte da pressuposição de que o resultado processual não depende exclusivamente da performance de um dos jogadores, mas decorre da interação das estratégias e táticas utilizadas no limite temporal do processo, até porque a valoração do desempenho é feita do lugar do órgão julgador¹⁶⁵.

Não há, pois, jogadores isolados à espera de uma decisão que lhes seja imposta por um julgador supostamente alheio a qualquer influência. Do contrário, para a melhor consecução do processo e assim conferir-lhe celeridade e efetividade, é necessária a percepção da interdependência entre os participantes da relação jurídica processual, e que cada ação tomada terá uma consequência no resultado pretendido.

O autor citado descreve, assim, este jogo processual como uma

atividade em contraditório em que há complexa interação entre os jogadores, regulada por lei, na busca do melhor resultado, a ser decidido pelo órgão julgador (singular ou colegiado). Estabelece-se um ambiente de interdependência em que as jogadas e atitudes modificam o desenrolar do jogo, o qual conta com destreza, capacidade teórica, sorte e contingência. Há ordem nas jogadas e se pode a cada momento buscar a narrativa do jogo até aquele ponto, alterando, mantendo ou revendo as táticas processuais, vinculadas à estratégia¹⁶⁶.

Feitas estas considerações, é possível perceber que a adoção da Teoria dos Jogos pode ajudar, em muito, na resolução dos conflitos sociais, tanto no campo de sua evitabilidade, arraigando-se na cultura dos cidadãos, da administração pública e do mercado, quanto na esfera de solução de litígios, seja extra ou judicial.

Com base nestes aspectos, e na tentativa de se aplicar a teoria ao mundo real, deve-se ter em mente que nem sempre é possível chegar a um real equilíbrio, ou seja, muitas vezes os interesses envolvidos são tão extremados (econômicos, emocionais, políticos...), que a única solução será a imposição de uma decisão judicial.

Exatamente por isso, é que o Judiciário deve estar apto a receber estas demandas e resolvê-las da maneira mais efetiva, com a maior imparcialidade possível das emoções do julgador, aprofundada cognição sobre a causa (aspectos fáticos e jurídicos), sem perder de vista a celeridade na prestação jurisdicional.

¹⁶⁵ ROSA, p. 23.

¹⁶⁶ Ibid., p. 38-39.

Por óbvio, este Judiciário que se espera, não pode estar completamente obstruído em suas atividades, tendo de conhecer quase que a totalidade das questões que advindas do corpo social.

Assim, é necessário reconhecer a importância da evolução da Teoria dos Jogos e sua potencial e efetiva aplicação à realidade fática, como forma de otimizar os processos sociais, mormente àqueles referentes à resolução dos conflitos e, portanto, à pacificação social.

7 CONCLUSÃO

Por tudo que foi visto, percebe-se que no ordenamento jurídico brasileiro a tutela jurisdicional é inafastável, sendo princípio consagrado na Constituição Federal como direito e garantia individual. Para sua realização, os princípios do Devido Processo Legal e do Acesso à Justiça devem ser efetivados, ainda, à luz do princípio da Celeridade Processual.

Este é o ideal que legisladores, juristas e aplicadores do direito vêm tentando alcançar, mas que encontram barreiras quase que intransponíveis ao se deparar com a realidade, visto que a cultura de litigiosidade da sociedade brasileira é de levar todas as questões em que haja um conflito de interesses ao Poder Judiciário, sobrecarregando o sistema jurisdicional, que mesmo com maiores investimentos, talvez não consiga atingir seu objetivo com a amplitude que se espera.

Para começar a resolver este problema, há de se projetar a modificação das estruturas sociais de modo a propiciar a diminuição de sua litigiosidade, o que demanda atuação de toda a sociedade, e maior efetividade ao Estado Social Democrático de Direito.

Também, devem ser implementados, incentivados e incorporados à cultura social, métodos autocompositivos de solução de litígios, ainda de forma preventiva, que aos poucos, mas incipientemente vêm sendo visto nas relações de consumo.

Da mesma forma, uma vez que o litígio se instale, devem ser utilizados, de acordo com a necessidade e situação de cada caso concreto, os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, como a negociação, a mediação e a arbitragem.

Somente se ultrapassadas estas etapas, e verificada sua impossibilidade, é que deveriam, pela cultura social, os conflitos chegarem ao Poder Judiciário. Frise-se, não se trata de vedação ou obstáculo, eis que a tutela judicial é inafastável, mas de consciência coletiva dos indivíduos e entes participantes da sociedade.

Esta gradação na escala de prevenção e resolução dos conflitos demonstra grande potencial para reduzir o número (hoje crescente) de demandas ajuizadas no Poder Judiciário.

Ainda assim, o processo judicial merece constante aperfeiçoamento, a teor das mudanças legislativas que vêm sendo realizadas, mas sem perder a sua capacidade de assegurar às partes o devido processo legal e a sua efetividade.

Neste ponto, a sociedade brasileira, e aqui em especial o Estado e os entes privados, ainda precisa desenvolver uma cultura de respeito às decisões judiciais, permitindo a criação de um senso de segurança jurídica.

Mesmo com este panorama, é de se esperar que o Poder Judiciário continue sendo demandado a analisar diversas questões, especialmente as de grande complexidade, bem como (o que hoje se tem) aquelas relativas aos atos delitivos.

Assim, uma primeira proposta que se faz para viabilizar a boa prestação jurisdicional é a possibilidade de conciliação no processo penal. Isso não exclui a necessidade do legislador parar de tipificar condutas como forma de mascarar um problema institucional que o Estado não consegue resolver, a litigiosidade delitiva. Mas pode aumentar a capacidade do sistema judicial ao mesmo tempo em que possibilita maior autonomia às partes, ao permitir optar por um acordo que lhes seja mais favorável que a pena abstratamente imposta pelo legislador.

Por fim, como outra proposta, está a inclusão na consciência dos operadores do Direito (talvez até como tópico a ser abordado nas escolas jurídicas) da Teoria dos Jogos e de todas as suas possibilidades na gestão de conflitos, pois tendente a viabilizar os melhores resultados possíveis.

Busca-se, portanto, ainda que com muita dificuldade, atingir aquilo a que o Estado se propõe, garantir a paz social, pois esta é sua ideia fundante, sem a qual, não lhe restaria legitimidade no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 11 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **O Novo Juiz e a Administração da Justiça**. Repensando a Seleção, a Formação e a Avaliação dos Magistrados no Brasil. Curitiba: Juruá, 2006.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 1941.

BRASIL, **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 11 de janeiro de 1973.

BRASIL, **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, 26 de setembro de 1995.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CESSETTI, Alexia Brotto. A Desjudicialização dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária: Nova Onda Reformista? **Revista Judiciária do Paraná**. Ano 8, n. 6, novembro, 2013. pgs. 215-230.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 125 de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **DJE/CNJ nº 2019/2010**. Brasília, 01 de dezembro de 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 6 ed. rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2009.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos**: com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio. **Mediação e Solução de Conflitos**: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2008.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os Fundamentos da Justiça Conciliativa. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**. Ano 3. ed. 5. Brasília: Escola Nacional da Magistratura, 2008.

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. 34 ed. São Paulo, 2003

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi; MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Introdução à Resolução Alternativa de Conflitos: negociação, mediação, levantamento de fatos, avaliação técnica independente....** Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2009.

LAKATOS, Eva Maria. **Sociologia Geral**. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 1982.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 3. Contratos. Declaração Unilateral de Vontade. Responsabilidade Civil. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da Punição: a Ostentação do Horror**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 2 ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

TASSE, Adel El. **O que é a impunidade**. Curitiba, Juruá, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. Vol 1: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.