

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

MARÍLIA PEREIRA DE ABREU BASTOS

CONCILIAÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA: APLICAÇÃO DO CPC/2015
À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

VITÓRIA
2019

MARÍLIA PEREIRA DE ABREU BASTOS

**CONCILIAÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA: APLICAÇÃO DO CPC/2015
À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, Curso de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Elda Coelho de Azevedo Bussinguer.

Coorientador: Professor Doutor Ricardo Goretti Santos.

VITÓRIA

2019

MARÍLIA PEREIRA DE ABREU BASTOS

**CONCILIAÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA: APLICAÇÃO DO CPC/2015
À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em 18 de dezembro de 2019.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profa. Dra. Elda Coelho de Azevedo Bussinguer
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. Ricardo Goretti Santos
Faculdade de Direito de Vitória

Profa. Dra. Trícia Navarro Xavier Cabral
Universidade Federal do Espírito Santo

À memória de meu saudoso pai, Maurílio.

À vida de minha amada mãe, Adecí.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me dado coragem para enfrentar desafios. Agradeço à Nossa Senhora pelas horas de oração e de descanso.

Agradeço a meus pais, Maurílio (sempre em meu coração) e Adeci, pelo exemplo de vida, carinho e suporte em todos os momentos de minha vida.

Agradeço a meu esposo Lúcio e aos meus filhos, Lucas e Luísa, pelo amor incondicional existente entre nós.

Agradeço aos professores Ricardo Goretti Santos e Adriano Sant'Ana Pedra pelas sugestões, dadas nas bancas de qualificação, que contribuíram para a melhoria do texto final deste trabalho.

Agradeço à professora Trícia Navarro Xavier Cabral, que aceitou o convite para integrar a banca de avaliação da dissertação, na certeza de que trará valiosas contribuições ao seu aperfeiçoamento.

Agradeço, também, aos professores do Mestrado da FDV que despertaram em mim a vontade de aprender sempre, especialmente aos professores Alexandre de Castro Coura, que me apresentou à teoria de Dworkin, e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer, pela disponibilidade em sempre ajudar os mestrandos.

Agradeço, ainda, aos meus colegas de Mestrado e aos amigos, novos e antigos, que muito me ajudaram, cada um a seu modo, com a indicação de bibliografia, a leitura dos originais, sugestões e críticas para a melhoria deste trabalho.

“Não é o mais forte que sobrevive, nem o mais inteligente, mas
o que melhor se adapta às mudanças!”

Charles Darwin

RESUMO

A presente dissertação, desenvolvida sob o método hipotético-dedutivo se propõe a resolver o seguinte problema de pesquisa: considerando os limites relativos e decorrentes da estrutura atual do sistema de justiça brasileiro, que tem se mostrado, na prática, insuficiente para estruturar um aparato capaz de concretizar as exigências impostas pelo artigo 334 do CPC/2015 que torna obrigatória a realização da audiência de conciliação, questiona-se, com vistas a não violação do direito fundamental de acesso à justiça, se a melhor solução seria a revogação do violação de direitos em razão dos riscos inerentes a: 1) realização da audiência pelo juiz; 2) a sua não realização conforme previsto no Relatório do TJES, ou ainda; 3) a sua realização por estagiário? Para formular uma resposta cientificamente adequada, a dissertação é dividida em três capítulos. No primeiro, discute-se a relação que se estabelece entre: o sentido do direito fundamental de acesso à justiça; o conceito de justiça; a mudança normativa trazida com a inserção, no CPC/2015, do instituto da obrigatoriedade da audiência de conciliação antes da contestação e; a teoria de direito como integridade de Ronald Dworkin. No segundo capítulo é apresentada a questão da conciliação como via de acesso à justiça –, o marco teórico utilizado para analisá-lo – os ensinamentos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth e a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin – e a perspectiva do acesso à justiça, a partir da mudança normativa identificada com o Código de Processo Civil de 2015, a qual propõe um estímulo à conciliação através de uma Política Nacional de Resolução Adequada dos Conflitos de Interesse no âmbito do Poder Judiciário. No terceiro, enfrenta-se essa nova perspectiva do acesso à justiça, adotando-se o entendimento de que a tentativa de conciliação é uma obrigação imposta pela lei, que compõe o instituto e de que a conciliação é parte de uma política pública maior que se propõe a estimular a autonomia do cidadão e a reduzir a litigiosidade excessiva, possuindo aptidão para tornar realmente efetivo o acesso à justiça. A discussão levantada nesses três capítulos permite identificar a existência de uma transição normativa em curso. Assim, desenvolvem-se, a partir de toda a discussão prévia e a síntese da dissertação: o estudo crítico de que o acesso à justiça não é absoluto e sofre limitações decorrentes do próprio texto constitucional e também infraconstitucional, além dos limites orçamentários e estruturais; a inovação trazida pela norma que determina a obrigatoriedade da prévia tentativa de conciliar como uma dessas

restrições ao exercício do acesso à justiça; e, por fim, a síntese, que revela a resposta final, é de que a imposição ao autor de que, antes de dar início a um processo, tente conciliar compõe o entendimento de acesso à justiça, inclusive sob uma perspectiva constitucional, e tem aptidão para reforçar a sua concretização, apesar das dificuldades orçamentárias e estruturais para a implementação da política de resolução adequada de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Palavras-chaves: Acesso à justiça. Meios consensuais de solução de conflitos. Conciliação. Cultura da pacificação. Direito como Integridade.

ABSTRACT

The present dissertation, developed under the hypothetical-deductive method, proposes to solve the following research problem: considering the relative limits arising from the current structure of the Brazilian justice system, which has been, in practice, unable to structure an apparatus capable of In order to fulfill the requirements imposed by Articles 3 and 3 and 334 of CPC / 2015, which makes the conciliation hearing compulsory, the question arises, with a view to non-violation of the fundamental right of its effective access to justice, if the article is repealed or the postponement of its application is presented as a necessary condition to prevent the violation of rights due to the risks inherent to the hearing held by the judge, or its non-performance as provided for in the ECJ Report, or to its being held by an intern. To formulate a scientifically adequate answer, the dissertation is divided into three chapters. The first discusses the relationship that is established between: the meaning of the fundamental right of access to justice; the concept of justice; the normative change brought about by the insertion, in CPC / 2015, of the institute of compulsory conciliation hearing before the contestation and; Ronald Dworkin's theory of law as integrity. The second chapter presents the question of conciliation as a means of access to justice - the theoretical framework used to analyze it - the teachings of Mauro Cappelletti and Bryant Garth and Ronald Dworkin's theory of law as integrity - and the perspective of access to justice, based on the normative change identified with the 2015 Civil Procedure Code, which proposes a stimulus to conciliation through a National Policy for the Proper Resolution of Conflicts of Interest within the Judiciary. In the third, we face this new perspective of access to justice, adopting the understanding that the attempt at conciliation is an obligation imposed by the law, which makes up the institute, and that conciliation is part of a larger public policy that It proposes to stimulate citizens' autonomy and to reduce excessive litigation, being able to make access to justice truly effective. The discussion raised in these three chapters allows us to identify the existence of an ongoing normative transition. Thus, from all the previous discussion and synthesis of the dissertation are developed: the critical study that the access to justice is not absolute and suffers limitations resulting from the constitutional text itself and also the infraconstitutional, beyond the budgetary and structural limits; the innovation brought by the norm that determines the obligation of the previous attempt to reconcile as one of these restrictions to the exercise of access

to justice; and, finally, the synthesis, which reveals the final answer, is that the imposition on the author to try to reconcile before starting a process composes the understanding of access to justice, even from a constitutional perspective, and has ability to reinforce its implementation, despite budgetary and structural difficulties in implementing the appropriate resolution policy for conflicts of interest within the judiciary.

Keywords: Access to justice. Consensual means of conflict resolution. Conciliation. Culture of pacification.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADR – Alternative Dispute Resolution

CEJUSC – Centro Judiciário de Solução de Conflitos

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC/2015 – Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015)

CPC/73 – Código de Processo Civil de 1973

MASC – Métodos Alternativos de Solução de Conflitos

MCSC – Métodos Consensuais de Solução de Conflitos

NUPEMEC – Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 O ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN.....	19
1.1 DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA: O SENTIDO DO ACESSO	19
1.2 O ACESSO À JUSTIÇA NÃO É ABSOLUTO	23
1.3 ACESSO A QUE? O CONCEITO DE JUSTIÇA	28
1.4 JUDICIALIZAÇÃO: UM OBSTÁCULO À EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA	38
1.5 INTEGRIDADE: VIRTUDE ESSENCIAL NO COMBATE À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA	42
2 A CONCILIAÇÃO COMO VIA DE ACESSO À JUSTIÇA.....	62
2.1 ELEMENTOS DA CONCILIAÇÃO	62
2.2 DWORKIN E A NATUREZA NORMATIVA DA CONCILIAÇÃO	70
2.3 A NATUREZA PROCESSUAL DA TENTATIVA INCIDENTAL DE CONCILIAR	76
2.4 A POLITICA NACIONAL DE RESOLUÇÃO ADEQUADA DOS CONFLITOS DE INTERESSE NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO.....	83
2.5 O SISTEMA MULTIPORTAS COMO POLÍTICA PÚBLICA FONTAL ...	86
2.6 A OBRIGATORIEDADE DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO	87
2.7 OS LIMITES DECORRENTES DA ESTRUTURA ATUAL DO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO E SEUS REFLEXOS NO (DES)CUMPRIMENTO DAS EXIGÊNCIAS IMPOSTAS PELA POLÍTICA	93
3 DA POLÍTICA DE RESOLUÇÃO ADEQUADA DE CONFLITOS DE INTERESSES NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO DO ESPÍRITO SANTO: IMPLEMENTAÇÃO, DIFICULDADES E CAMINHOS POSSÍVEIS DE EFETIVAÇÃO	97

3.1 O PROCESSO DE IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA NO ÂMBITO DO TJES	97
3.2 DIFICULDADES ENFRENTADAS PELO TJES PARA IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA	100
3.3 SUGESTÕES APRESENTADAS POR COMISSÃO DE ESTUDOS SOBRE OS PRINCIPAIS REFLEXOS NORMATIVOS, ESTRUTURAIS E OPERACIONAIS DO CPC/2015 NO TJES	104
3.3.1 A formação de centrais regionais de conciliação/mediação ou a instalação de um módulo de conciliação/mediação por comarca....	104
3.3.2 O recrutamento e treinamento de voluntários.....	105
3.3.3 O espelhamento da estrutura de estagiários conciliadores adotada nos Juizados Especiais.....	106
3.3.4 A adaptação ou flexibilização procedimental.....	107
3.4 CAMINHOS POSSÍVEIS DE EFETIVAÇÃO DA POLÍTICA NO ÂMBITO DO TJES	110
CONSIDERAÇÕES FINAIS	113
REFERÊNCIAS	120

INTRODUÇÃO

O Judiciário encontra-se cada vez mais abarrotado de casos que poderiam ser solucionados sem a necessidade de uma lide prolongada, fato que justificou a realização de mudanças no rito processual, para que a tentativa de conciliação fosse oportunizada já no início da demanda, antes da contestação.

O direito brasileiro deve se adaptar às novas realidades, fazendo alterações importantes em seus institutos e procedimentos com o objetivo de se adequar às novas exigências da sociedade e da prática jurídica, o que determina, necessariamente, uma mudança de cultura. Essa mudança demanda pensamentos novos e cooperação de todos, sem preconceitos.

Denota-se que, dentre os principais temas trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015, ainda que nem todos sejam novidade no ordenamento jurídico brasileiro, destacam-se: a previsão do julgamento das causas em ordem cronológica; a criação do negócio jurídico processual, a contagem de prazos em dias úteis; o incidente de resolução de demandas repetitivas; o incidente de desconsideração da personalidade jurídica; a prática eletrônica de atos processuais; a importância de fundamentação como causa de nulidade das decisões judiciais e; a implementação dos meios alternativos ao processo judicial, de solução amigável de controvérsias, pautados no exercício do diálogo e da cooperação das partes envolvidas.

Um dos marcos na difusão da conciliação e da mediação judicial no Brasil é a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos no âmbito do Poder Judiciário, instituída pela Resolução 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, que inclusive foi base para a exigência da tentativa de conciliação antes da apresentação da contestação, nos moldes hoje elencados no CPC/2015. Esta política pública tem por objetivo a propagação e utilização dos métodos consensuais de solução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário, sob a fiscalização deste, com o fim de alcançar a pacificação social.

A política pública institucional, que torna obrigatória à prática de conciliação ou de mediação no âmbito do processo judicial, tem encontrado impasses na estrutura

jurídica brasileira tradicional e na cultura do litígio. Mas ainda há um distanciamento muito grande entre a teoria e prática, em matéria de efetivação do direito de acesso à justiça por vias plurais de efetivação.

O constitucionalismo se expandiu e isso aconteceu em todo o ocidente, razão pela qual todas as leis devem obedecer primordialmente aos ditames das Constituições democráticas.

Com o propósito de incrementar a cultura dos métodos autocompositivos de solução de litígios, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal foi contemplado na redação do artigo 3º, caput do CPC/2015 que consagra o princípio do estímulo à autocomposição, trazendo ao ordenamento jurídico brasileiro a determinação de que todos os operadores do direito deverão estimular a conciliação, além da mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos, inclusive no curso do processo judicial, em um verdadeiro incentivo à utilização de métodos cooperativos na solução de controvérsias, bem como ao ensinamento da pedagogia do princípio da autonomia.

Observa-se que muito mais do que uma mera repetição das normas previstas na Constituição Federal de 1988 (CF/88), o diploma processual civil traz em si a meta de otimizar os procedimentos, a fim de realizar os direitos fundamentais em tempo razoável e com maior participação possível dos envolvidos, sem a necessária imposição de uma solução por um terceiro, o Estado-juiz. O reconhecimento da autonomia das partes ocorre no bojo do *neoconstitucionalismo*, que se traduz pela implementação de normas constitucionais inseridas no ordenamento jurídico brasileiro como normas fundamentais.

O estímulo à *conciliação* se apresenta no CPC/2015 como *norma fundamental processual*, como alternativa de se resolver o processo com maior brevidade possível, de forma mais adequada, efetiva e tempestiva.

Exsurge, assim, no CPC/2015, o modelo de solução amigável dos conflitos, propondo uma *mudança normativa*, com a proposta de uma perspectiva para o exercício do acesso à justiça, não prevista no CPC/73, onde as partes envolvidas encontram, por

elas mesmas, a solução da controvérsia e que tem por objetivo alcançar a concretude dos direitos fundamentais, por meio dos meios alternativos inseridos em forma de norma fundamental do CPC/2015.

Essa *mudança normativa* culmina na previsão legal da obrigatoriedade da audiência de conciliação ou de mediação, nos termos do art. 334 do CPC/2015. Tal obrigatoriedade tornou-se controvertida em decorrência dos princípios da autonomia e da voluntariedade, que norteiam a conciliação e outras práticas autocompositivas. Isso porque o diploma processual prevê a aplicação de sanção pecuniária caso o autor não compareça ao ato processual.

A obrigatoriedade da realização da audiência de conciliação antes da parte contrária apresentar sua defesa, encontra entraves na ausência de capacitação de conciliadores e na falta de orçamento para estrutura material e de recursos humanos, acarretando resistência, diante da necessária mudança comportamental de todos os operadores do direito, pois requer muitas adaptações, inclusive com a criação de disciplinas nas faculdades de direito, bem como de informações veiculadas na mídia que propaguem os métodos de solução pacífica dos conflitos e a consequente desconstituição da cultura do litígio até que seus efeitos positivos sejam atingidos, devido à falta de estrutura contemporânea. Existe, portanto, atualmente, uma grande distância entre a teoria e a prática que somente através dos debates e estudos poder-se-á encontrar um denominador comum para a solução.

Estamos em fase de transição para aprimoração dos meios alternativos de solução amigável de litígios e políticas públicas estão sendo difundidas com o fim de permitir a participação ativa de todos os envolvidos para a construção dessa política pública, ressaltando que toda política pública tem a característica de influenciar as gerações futuras, ou seja, influenciar a cultura de um povo, o que gera desconforto e questionamentos. Atualmente não dispomos ainda de toda a estrutura para implementação da cultura da paz da forma como se apresenta prevista no CPC/2015, daí porque necessitamos de mais debates e estudos para a construção dessa nova fase de construção da cultura da conciliação.

O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, por exemplo, instituiu uma Comissão de estudos sobre os principais reflexos normativos, estruturais e operacionais do novo Código de Processo Civil no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo, instituída pelo Ato Normativo n. 170, de 17 de agosto de 2015, de lavra do Excelentíssimo Senhor Desembargador Sérgio Bizzoto Pessoa de Mendonça, Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, chegou-se à algumas recomendações acerca da audiência de conciliação no sentido de que

[...] até que sobrevenha o estado de coisas desejado pelo NCPC, é de considerar válida a adaptação ou flexibilização procedimental porventura realizado pelos magistrados capixabas, no sentido de citarem o requerido para oferecer resposta (não para comparecer a uma sessão de conciliação que não tenha a mínima condição de acontecer), nos termos da fundamentação expendida neste relatório (2015, p.78).

Impende destacar que a audiência de conciliação ou de mediação só não ocorrerá quando as duas partes não desejarem tal realização ou quando não for permitida a prática da autocomposição.

A CLT traz dois tipos de previsão sobre a tentativa de conciliação: o primeiro tem sua previsão nos artigos 625-A ao 625-H, e o segundo decorre dos artigos 831, 846, 850, 852-E e 861. Conforme se pode notar a partir da leitura dos dispositivos celetistas, o primeiro tipo de previsão refere-se às comissões de conciliação prévia, instituídas pela Lei 9.958/2000, que, todavia, não obrigam o autor a tentar se conciliar previamente ao ajuizamento de reclamação, conforme, aliás, decidido pelo STF (2009). O segundo tipo decorre de um poder-obrigação atribuído pela CLT ao magistrado, que deverá sempre que possível tentar conciliar as partes, sob pena de, não o fazendo, incorrer em nulidade. A propósito, essa obrigação também estava prevista no CPC/73, nos artigos 125, IV, e 448, e está no CPC/2015, no artigo 359.

A previsão contida no CPC/2015, especificamente no artigo 334, é de um terceiro tipo de tentativa de conciliação. Ele não decorre nem de uma faculdade do autor, nem de um poder-obrigação do magistrado, mas de uma imposição legal, ou seja, o demandante, de acordo com o dispositivo processual, está obrigado a tentar conciliar. A dúvida que se coloca é saber se essa imposição é constitucional.

Desse modo, a implementação da audiência de conciliação conforme previsão no CPC/2015 ainda não se mostra totalmente aplicada na prática forense brasileira em decorrência da falta de estrutura, tanto quanto ao espaço físico como na capacitação dos profissionais envolvidos na realização desta política pública, exigindo, ainda, algumas reflexões e sugestões para a desconstituição da cultura do litígio, já que o ordenamento jurídico existente antes da edição do CPC/2015 não adotou medidas específicas para o estabelecimento da cultura dos meios alternativos de solução amigável de litígios, o que merece atualmente atenção redobrada de toda a comunidade.

Nesse contexto, a presente dissertação se propõe a resolver o seguinte problema de pesquisa: considerando os limites relativos e decorrentes da estrutura atual do sistema de justiça brasileiro, que tem se mostrado, na prática, insuficiente para estruturar um aparato capaz de concretizar as exigências impostas pelo artigo 334 do CPC/2015 que torna obrigatória a realização da audiência de conciliação, questiona-se, com vistas a não violação do direito fundamental de seu efetivo acesso à justiça, se a melhor solução seria a revogação do artigo ou o adiamento de sua aplicação como condição necessária preventiva da violação de direitos em razão dos riscos inerentes a: 1) realização da audiência pelo juiz; 2) a sua não realização conforme previsto no Relatório do TJES, ou ainda; 3) a sua realização por estagiário?

Para enfrentamento de tal problema, utiliza-se os ensinamentos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 5), que preconizam que “O “acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística”, e em complementação, a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, de forma a esclarecer que a obrigatoriedade da conciliação se caracteriza não apenas como norma fundamental processual, mas como meio de concretização do direito fundamental de acesso à justiça.

Com o objetivo de contribuir para a resposta ao presente trabalho, estuda-se o aprimoramento do instituto da audiência de conciliação e sua aplicação prática com obediência aos princípios constitucionais, a presente dissertação está dividida em três capítulos.

O primeiro capítulo aborda o acesso à justiça com base nos estudos de ensinamentos de Mauro Cappelletti e Bryan Garth e o direito como integridade de Ronald Dworkin.

No segundo capítulo, será discutido o problema do excesso de judicialização e será demonstrado se o referido instituto é, a partir da teoria de Dworkin, uma regra, um princípio ou uma política pública.

O terceiro capítulo apresenta-se o estímulo à prática da conciliação como norma fundamental do processo civil, visando propiciar o acesso à justiça, através da cooperação das partes, sendo que o autor da demanda tem de realizar, incidentalmente, a obrigação de tentar se conciliar com a outra parte. Isso significa que cooperar não é só para buscar uma solução mais justa como também para evitar o abarrotamento do Judiciário. Este capítulo tem como propósito de demonstrar que a tentativa incidental de conciliação é obrigação integrante e imprescindível do direito fundamental de acesso à justiça.

Na conclusão do trabalho, as conclusões parciais alcançadas em cada um dos três capítulos são apresentadas a fim de formatar as considerações finais da presente dissertação, com o propósito de identificar se o cenário processual atual permite que os métodos de solução amigável dos litígios tenham o efeito prático previsto na teoria.

Para realização desta investigação, foi escolhido o método hipotético-dedutivo de Karl Raymund Popper, o qual permite que se pesquise uma resposta para um problema pré-formulado, construindo-se uma tese que se mostra como possível e plausível e que é submetida a um procedimento metodológico. Desta forma, existirá um recurso de falseamento de hipóteses motivadoras da implementação da nova política pública nacional de tentativa de conciliar antes da contestação. Os recursos metodológicos utilizados concentram-se na pesquisa bibliográfica para a produção do conhecimento científico, sendo que o limite da pesquisa será a novidade trazida pelo CPC/2015, qual seja, a previsão legal da audiência de conciliação antes mesmo da contestação, como uma nova perspectiva sobre o acesso à justiça, analisando-se seus limites e suas consequências no Estado Democrático de Direito.

1 O ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO COMO INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN

1.1 DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA: O SENTIDO DO ACESSO

Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 49) discorre que “[...] os estudos sociojurídicos voltados para o tema do acesso à justiça tem apontado, em diferentes países, a introdução de reformas, processuais ou na estrutura do sistema de justiça, com o fim de universalizar o acesso.” No Brasil não é diferente.

A doutrina nacional costuma apontar o artigo 5º, XXXV, da CF/88 como o suporte jurídico do direito, princípio ou garantia, de acesso à justiça, conforme consta do texto constitucional: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Mas o acesso à justiça, como será demonstrado na sequência, tem sentido mais amplo, não estando consagrado, apenas, no referido dispositivo. Outras disposições revelam a extensão do seu sentido, como por exemplo o inciso XXXIV, “a” do mesmo artigo, que assegura o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, independentemente do pagamento de taxas.

Quando interpretado sob perspectiva formal, o acesso à justiça se apresenta, ao mesmo tempo, como um direito e dever. Um direito do jurisdicionado de provocar a tutela jurisdicional do Estado e um dever estatal de promover a tutela pretendida, de forma efetiva, tempestiva e adequada.

A tutela de um conflito, seja ela jurisdicional ou extrajudicial, deve ser realizada de forma efetiva para que a relação conflituosa seja efetivamente pacificada. Deve ser tempestiva, ou seja: realizada em prazo razoável. Mas deve ser também adequada.

A gestão adequada de um conflito é definida por Ricardo Goretti (2019, p. 55) como “a prática de cognição, condução e resolução de situações conflituosas, promovida mediante o emprego do método ou técnica que melhor atenda às particularidades do caso concreto”.

A concretização dessa prática, esclarece Ricardo Goretti (2019, p. 51), exigirá do profissional do Direito um conjunto de competências, habilidades e atribuições.

No plano das competências e habilidades, um gestor de conflitos deve ser capaz de:

a) interpretar ou diagnosticar as particularidades de um quadro conflituoso; b) escolher o método de prevenção e resolução de conflitos que melhor atenda às particularidades do caso concreto; c) aplicar tecnicamente os diferentes métodos e técnicas de gestão de conflitos disponíveis aos profissionais de Direito (GORETTI, 2019, p. 51).

Já no plano das atribuições,

[...] espera-se que o gestor de conflitos paute suas intervenções no percurso das três etapas de um processo de gestão adequada de conflitos, a saber: a) o *diagnóstico* do conflito; b) a *escolha do método adequado* – atividade que se dá mediante a realização de testes de *falseamento* das possibilidades de encaminhamento disponíveis, de acordo com a metodologia por nós idealizada na forma do fluxograma disponibilizado em APÊNDICE e c) a *execução de método adequado* às particularidades do conflito concretamente deduzido (GORETTI, 2019, p. 52).

Ao discorrer sobre o “sentido integral” do acesso à justiça, Carlos Henrique Bezerra Leite (2011, p. 158) aborda o tema sob uma perspectiva mais ampla, bastante alinhada com a leitura de Mauro Cappelletti: base teórica do presente estudo, que será evidenciada na sequência. O “sentido integral” do acesso à justiça contempla a plenitude de dimensão social, jurídica e política do direito quando discorre que o direito fundamental do acesso à justiça compreende: “[...] acesso à informação e à orientação jurídica, e a todos os meios alternativos de composição de conflitos, pois o acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania.”

Carlos Henrique Bezerra Leite (2009, p. 90-91) explica que são três os sentidos atribuídos ao acesso à justiça, que pode ser visto: como sinônimo do princípio da justiça social (sentido geral); como garantia de acesso à tutela jurisdicional (sentido estrito) e; como acesso ao direito (sentido integral).

Segundo Cappelletti e Garth (1998, p. 12), “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar

os direitos de todos.” Portanto, dentre os direitos fundamentais, o acesso à justiça é o direito que garante a reinvidicação de todos os outros direitos e garantias. Nesse sentido:

[...] muito mais do que uma garantia formal de acesso ao Judiciário, o acesso à justiça é um direito humano fundamental, ao mesmo tempo reconhecido na ordem internacional e consagrado em todo e qualquer sistema jurídico compromissado com a efetividade, a adequação e a tempestividade, e não com a simples proclamação da tutela de direitos e de interesses sustentados por indivíduos em situação de conflito [...]. (SANTOS, 2012, p. 55)

A importância desse direito fundamental para a concretização de direitos assim foi sintetizada por Andréa Maria dos Santos Santana Vieira (2013, p. 21)

Embora o princípio decorra da garantia de inafastabilidade do controle jurisdicional, na atualidade a dimensão do acesso apresenta contornos mais amplos, englobando não apenas a proibição de exclusão de qualquer lesão ou ameaça de direito da apreciação pelo Poder Judiciário, mas também a própria garantia de efetivação de direitos. Com isto deve-se entender que a norma dirige-se não apenas aos Poderes constituídos, em especial ao Legislativo sob a expressa previsão de proibição de disposição em contrário, mas a toda sociedade, qual deva orientar-se no sentido de fomentar a acessibilidade à justiça.

Nestes termos, vale mencionar que o direito ao acesso à justiça compreende, além do direito de postular em juízo, o direito ao “acesso à ordem justa”, termo cunhado por Kazuo Watanabe (GRINOVER, 1988, p. 128), que contempla o imperativo da obtenção em prazo razoável, de uma decisão justa e eficaz. Desse modo, o direito fundamental de acesso à justiça possibilita o acesso a todas as formas de solução de conflitos, com fim de concretizar uma ordem justa, posto que não se resume mais no acesso ao Judiciário, ou seja: ao direito de postular em juízo.

Segundo Mauro Cappelletti (1988, p. 13), “o acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente 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 jurídica.” Essa perspectiva ampliada de abordagem, fundada na leitura referencial do processualista italiano, norteará o presente estudo.

Mauro Cappelletti presidiu, na década de 60, uma pesquisa interdisciplinar voltada para análise das relações de causa e efeito dos obstáculos econômicos, organizacionais e processuais à efetivação desse direito, em diversos países

analisados. A pesquisa realizada na cidade italiana de Florença, que também contemplou o estudo e proposição de medidas de amenização dos efeitos produzidos por esses entraves, resinificou os estudos sobre o tema.

Os obstáculos econômicos compreendem “[...] a *pobreza* de muitas pessoas que, por motivos econômicos, nenhum ou pouco acesso tem à informação e à representação adequada” (CAPPELLETTI, 1994, p. 84). Já os obstáculos organizacionais contemplam os entraves legais que tornam prejudicada a efetivação de direitos e interesses metaindividuais. Finalmente, por obstáculos processuais, entende-se o conjunto de fatores presentes na prática forense, que dificultam ou inviabilizam a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, como a morosidade por exemplo.

Ao conjunto de ações de combate ao obstáculo econômico, deu-se o nome de primeira onda do movimento universal de acesso à justiça. As ações de enfrentamento do obstáculo organizacional estão inseridas no contexto da segunda onda. Finalmente, a terceira onda, que mais diretamente se relaciona com a temática do presente estudo, compreende o conjunto de medidas de combate aos obstáculos processuais. A difusão de vias alternativas ao processo judicial, como a conciliação, somadas às reformas de simplificação processual, conferem corpo à terceira onda renovatória.

Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 49) explica que

Cappelletti e Garth utilizam como metáfora a existência de três vagas no movimento de acesso à justiça. Com início da década de 1960, a primeira vaga é caracterizada pela defesa e promoção de mecanismos de apoio judiciário aos cidadãos pobres nos termos da lei. As mudanças introduzidas com a segunda vaga procuram, sobretudo, encorajar a defesa dos interesses coletivos e difusos em juízo, uma vez que a universalização do acesso dos particulares através de mecanismos de apoio judiciário não é por si só uma garantia de defesa de interesses coletivos, em especial por parte de grupos sociais mais vulneráveis. Na terceira vaga, o movimento de acesso à justiça procura expandir a concepção clássica de resolução judicial de litígios desenvolvendo um conceito amplo de justiça em que os tribunais fazem parte de um conjunto integrado de meios de resolução de conflitos, o que inclui o que se convencionou chamar de ADR (resolução alternativa de litígios).

A “terceira onda” de reforma tem enfoque amplo:

[...] inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos 'o enfoque do acesso à Justiça', por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em trata-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 67-68).

A terceira onda de acesso à justiça pautou-se em duas frentes principais de ação complementares: na primeira, a proposta era combater a ineficiência dos sistemas judiciais, mediante reformas legislativas, reestruturação dos tribunais entre outras ações; na segunda, a proposta era difundir métodos alternativos (ao sistema judicial estatal) de conduzir e resolver conflitos (SANTOS, 2012, p. 66).

Na atualidade e após a redemocratização do Brasil, o acesso à justiça é garantido pela Constituição Federal e visa assegurar a concretização de direitos fundamentais, quer pela via judicial, quer pela via extrajudicial.

1.2 O ACESSO À JUSTIÇA NÃO É ABSOLUTO

A ideia de acesso à justiça é comumente vista a partir de três sentidos: princípio (da justiça social), garantia (de acesso à tutela jurisdicional) e (acesso ao) direito. O sentido mais comumente praticado é o de acesso à justiça como direito, com o significado de obtenção de uma tutela para a defesa de interesses. Portanto, pode-se dizer que, quando alguém menciona a expressão *acesso à justiça*, o significado que vem à mente de qualquer um é o de um direito a ser exercido e respeitado.

A proposta do presente subcapítulo é demonstrar que, mesmo que se trate o acesso à justiça apenas pelo sentido de um direito fundamental, ainda assim ele não pode ser visto como absoluto, ilimitado ou não sujeito a condições. O que se discute aqui é a formulação da ideia de que o próprio texto constitucional brasileiro admite o condicionamento do exercício dos direitos fundamentais, especificamente, do acesso à justiça.

A doutrina costuma apontar o artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88 como o suporte jurídico do direito, princípio ou garantia, na acepção de Carlos Henrique Bezerra Leite (2009), de acesso à justiça, conforme consta do texto constitucional: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Com efeito, do que se pode perceber, inclusive na prática judiciária, é que o acesso à justiça é visto como uma espécie de exigência, já que, ocorrida uma lesão ou ameaça a direito, a pessoa, natural ou jurídica, pública ou privada, individual ou coletiva, é vista como portadora da garantia de que o Judiciário apreciará seu pleito.

Todavia, conforme se defenderá nesta dissertação, o acesso à justiça apresenta um quarto aspecto, o da cooperação, o qual tem por fundamento, dentre os outros já apresentados anteriormente, a ideia de que o acesso à justiça é limitado, relativo, e não absoluto. A esse propósito, é assente na jurisprudência que tanto direitos quanto garantias não têm caráter absoluto, isso porque, seja em razão do interesse público ou do princípio da convivência das liberdades, é legítima “a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição” (STF, 2000).

Esse entendimento, que alarga o conteúdo e ao mesmo tempo restringe o emprego do acesso à justiça, subsidia também aquilo que Mendes (2012, p. 56) chama de “limites imanentes” ou de “limites dos limites”, os quais “balizam a ação do legislador quando restringe direitos”, que decorrem da CF/88 e se referem “tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas”. Isso quer dizer que o acesso à justiça é limitado e que as limitações às quais ele se sujeita também são relativas, devendo ser claras, determinadas e proporcionais.

Aliás, a proporcionalidade, por si só, já bastaria para coordenar tanto os limites quanto os limites dos limites. Segundo ensina Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 24), ela é “empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais”, possuindo como objetivo “fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais”, o que

ocorre a partir de um procedimento desenvolvido em três etapas, as quais são, a saber, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Assim, com a análise da proporcionalidade, pode-se concluir pela legitimidade ou não de uma determinada limitação.

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (2016, p. 472-482) assim resumem os três níveis de análise da proporcionalidade: inicialmente, aponta-se a adequação das medidas estatais e sua contribuição para o atingimento de finalidade que sejam legítimas; em seguida, “a necessidade impõe que, dentre diversas medidas possíveis que promovam com a mesma intensidade uma determinada finalidade”, seja sempre escolhida aquela menos gravosa; e, ao final, pela proporcionalidade em sentido estrito é preciso que “a restrição ao direito ou ao bem jurídico imposta pela medida estatal seja compensada pela promoção do interesse contraposto”.

O emprego da análise proposta pela proporcionalidade é feito por meio da ponderação ou sopesamento, que é um procedimento racional para a tomada de decisões que se baseia na fundamentação (BASTOS e LEITE, 2016, p. 59). A propósito, de acordo com Alexy (2008, p. 173-174), o modelo de sopesamento, que equivale ao princípio da concordância prática, oferece um critério que associa a lei de colisão à teoria da argumentação racional.

No caso específico do acesso à justiça, é preciso interpretar corretamente o que significa o texto positivado no inciso XXXV do artigo 5º da CF/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. E, para fazê-lo, utiliza-se tanto da proporcionalidade quanto da ponderação.

A vedação à exclusão da apreciação do Poder Judiciário de demandas que envolvam lesão ou ameaça a direito significa que nem toda demanda que possa ser formulada pelas pessoas está sujeita a ser apreciada pelo Judiciário. Note que, na previsão do texto constitucional, está contida uma restrição que geralmente não é observada. É dizer, o próprio constituinte originário inseriu no reconhecimento do acesso à justiça uma restrição quanto ao seu exercício.

Na verdade, o acesso à justiça não está apenas previsto no inciso XXXV, ele também decorre do inciso XXXIV, “a”, ambos do artigo 5º da CF/88, sendo a redação deste último a seguinte: “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. Logo, o sentido completo de acesso à justiça abarca tanto o acesso à Justiça ou ao Judiciário (inciso XXXV) quanto o acesso à justiça ou a um resultado justo (inciso XXXIV, “a”). E, em ambos os dispositivos, o constituinte originário inseriu a mesma restrição ao seu exercício.

A limitação é significativa e permite, ao contrário do que vem sendo afirmado tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o *non liquet*. Cabe dizer, o Poder Judiciário pode se abster de julgar casos que lhe sejam submetidos que não se constituam como lesão ou ameaça a direito. Os casos são os mais variados. Por exemplo, embora a improcedência, liminar ou não, do pedido julgue o mérito da causa, ela é um atestado de que inexistente lesão ou ameaça ao direito que a parte autora afirmou, em juízo, existir.

Suponha que uma pessoa tenha ajuizado ação judicial pleiteando danos materiais e morais em razão de lhe ter sido aplicada multa pelo DNIT por condução de automóvel em rodovia federal acima da velocidade máxima permitida, sob o argumento de que o DNIT não teria competência para aplicar tal sanção. A teor do sistema de precedentes adotado pelo CPC/2015 e em conformidade com a decisão prolatada pelo STJ (2018) sobre o tema, o juízo de primeiro grau julgará liminarmente improcedente a demanda, já que no REsp 1.588.969, que tramitou sob o regime de recursos repetitivos, o DNIT detém tal competência, inexistindo, assim, a lesão a direito afirmada pela parte autora.

O caso narrado exemplifica que nem toda demanda que uma pessoa possa acreditar possuir perante outra será decidida pelo Judiciário. O que significa dizer que, embora possa, não deveria ser levada a juízo. A restrição ao exercício do acesso à justiça consiste justamente em se afastar a atividade judicante quando não houver lesão ou ameaça a direito. Logo, o que se conclui é que o acesso à justiça não é absoluto.

A ponderação dessa limitação pela análise de proporcionalidade, permite concluir que ela é aprovada nos três níveis de controle, apresentando-se como adequada e

necessária para promover o interesse de que as demandas judiciais sejam decididas em tempo razoável, com segurança jurídica. O fato de a restrição não estar sujeita a controle de constitucionalidade, por se tratar de norma originária, não significa que não se possa analisar a sua permanência no ordenamento jurídico. E, no caso, essa manutenção é imprescindível, já que o exercício ilimitado e desenfreado do acesso à justiça tem gerado um asoberbamento do Poder Judiciário, que, ao ter que decidir pleitos que não contêm lesão ou ameaça a direito, deixa de concentrar seus esforços naqueles que se amoldam ao texto constitucional.

A restrição, aliás, é aplicável não só à parte autora, como também à parte ré, que, em certos casos, mormente, agora, naqueles em que há precedentes vinculantes, deveria, em razão do princípio da cooperação, se abster de formular defesa, a qual, a rigor, sabe ser destituída de fundamento, reconhecer a procedência do pedido autoral, ou, melhor, evitar que a demanda chegue ao Judiciário. Nesse sentido, por exemplo, o INSS poderia se abster de indeferir, administrativamente, pedidos de pensão por morte formulados por menores sob guarda que comprovem dependência econômica em relação ao seu mantenedor falecido. Isso porque o STJ (2018a) firmou, no REsp 1.411.258, julgado em sede de recurso repetitivo, que, nesses casos, mesmo após a vigência da MP 1.523/1996, a pensão é devida.

Portanto, seja em relação ao autor, seja em relação ao réu, o acesso à justiça revela uma faceta, até então oculta, da cooperação, no sentido de que ambos têm o cooperação equitativa, decorrente do artigo 5º, XXXIV, “a”, e XXXV, da CF/88, de evitar que sejam levadas ao Poder Judiciário demandas em que não há lesão ou ameaça a direito (caso do autor), ou em que a lesão ou a ameaça é uma decorrência da inobservância (pelo réu) de um direito pacificado do autor, permitindo, assim, que haja o julgamento antecipado do mérito.

Nesse passo, pode-se dizer que a instituição de condições ou de requisitos para regular o direito de acionar o Poder Judiciário é compatível com o artigo 5º, XXXIV, “a”, e XXXV, da CF/88, tanto no que se refere à adequação do meio escolhido, quanto no que diz respeito ao interesse-necessidade de ir a juízo. Aliás, o STF (2014) já firmou, no RE 631.240, cuja repercussão geral foi reconhecida, o entendimento de que “a instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível

com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo”.

Portanto, fica estabelecida a ideia de que o acesso à justiça não pode ser visto como um instituto ilimitado e imune ao estabelecimento de condições, requisitos ou pressupostos para ser exercido, sendo constitucional, até mesmo porque fixado pelo constituinte originário, o condicionamento do seu exercício.

1.3 ACESSO A QUE? O CONCEITO DE JUSTIÇA

Outra indagação que devemos fazer quando estudamos o direito fundamental de “acesso à justiça” é qual o conceito de justiça que pretendemos atingir e como podemos ter a efetividade do valor justiça para concretização dos direitos fundamentais. Devemos, pois, definir o que venha a ser “justiça”, tarefa essa não tão simples e que resulta em diferentes significados subjetivos e com valor emocional.

Ricardo Goretti (2016, p.56) discorre que “A multiplicidade de significados que historicamente já forma atribuídos à *justiça*, da Antiguidade até a atualidade, revela que não há consenso quanto ao sentido que melhor defina o termo.” Justiça é um termo de difícil definição.

Em que pese a diversidade de sentidos, “[...] em sentido amplo, o termo justiça pode ser empregado tanto como representação de uma instituição (o Judiciário), quando como designação de um valor (justo)” (GORETTI, 2016, p. 56).

Não se pode negar, porém, a “importância do monopólio jurisdicional para a convivência pacífica entre as pessoas: sempre que chamado e não sendo possível conciliar as partes, o juiz deve fazer valer a força da lei ao caso concreto, com independência. Isso é resultado do poder de império do Estado que se materializa para o juiz por força do poder jurisdicional” (BARCELLAR, 2003)

Para discorrermos sobre o conceito de justiça, analisaremos primeiramente o igualitarismo de Rawls, trazida por Roberto Gargarella (2008, p. 63) de forma resumida:

a) segundo Rawls, as instituições de uma sociedade podem ser consideradas instituições justas quando permitem que a vida das pessoas dependa do que cada um escolhe com autonomia, e não dos “acazos da natureza” – ou seja, das “circunstâncias” que competem a cada um viver, por ventura ou desventura; b) para a obtenção do objetivo indicado no item anterior, as instituições devem se orientar para igualar os indivíduos em suas circunstâncias, o que se traduz fundamentalmente em dotar cada um com um conjunto igual de “bens primários”; c) a igualdade que se garante no item anterior não implica uma igualdade absoluta e estrita, uma igualdade imodificável, “rígida”. Se certas desigualdades na inclusão, na riqueza, na autoridade ou no grau de responsabilidade de cada um levam todos a melhorar em comparação com a situação de igualdade inicial – pergunta-se Rawls -, por que não permiti-las.

Dworkin procurou aprimorar as propostas de Rawls quanto as concepções do que venha a ser justiça. Para tanto, defendeu quatro ideias básicas, quais sejam: a) o liberalismo igualitário deve distinguir entre a “personalidade” e as “circunstâncias” que cercam cada um; b) uma boa concepção igualitária deve rejeitar, como medida da igualdade, o bem-estar ou a satisfação que cada um pode obter; c) [O liberalismo igualitário] insiste não só que a justiça é uma questão de recursos, como uma questão de recursos *iguais*; d) um Estado igualitário deve ser neutro em matéria ética, não devendo proibir ou recompensar nenhuma atividade privada com base em que alguma concepção ética é superior ou inferior às demais. (GARGARELLA, 2008, p. 65-66).

Desta feita, verificamos que Rawls defende o liberalismo equitativo, que pressupõe uma ideia política, formada por cidadãos livres e iguais, que não se envolvem em questões doutrinárias, morais ou religiosas/filosóficas, enquanto que Dworkin defende o liberalismo igualitário, que por sua vez, propõe a ruptura com o positivismo através do direito e da moral. Neste sentido, o direito não deve ser imoral ou amoral, uma vez que seu ideal é justo, recorrendo-se sempre às regras, que são normas binárias (tudo ou nada), e quando insuficientes, recorrem-se aos princípios que orientam todas as argumentações de acordo com o peso que possuem no caso concreto.

Feitas essas considerações, verificamos que inobstante existir algumas semelhanças entre as concepções igualitárias de Rawls e Dworkin, o certo é que existem também

pontos divergentes, sendo um deles o fato de que a teoria da justiça de Rawls não se preocupar com os dons, e conseqüentemente com as ambições de cada um. Segundo Roberto Gargarella (2008, p. 68):

Vamos imaginar que temos diante de nós duas pessoas, ambas dotadas de iguais talentos e recursos materiais. Suponhamos que uma dessas pessoas trabalha muito duramente, e, assim, consegue aumentar sua renda inicial, enquanto a outra prefere trabalhar muito menos que a primeira, e usar todas as suas economias em atividades de consumo. Como resultado da teoria da justiça de Rawls, se a segunda pessoa não acabar sendo beneficiada pelas desigualdades criadas pelo maior trabalho da primeira, então o governo deve impor-lhe um imposto e transferir para a segunda parte dos lucros que aquela criou. Porém, essa solução, para autores como Dworkin, é muito insensível à ambição, dado que permite que a segunda pessoa desenvolva seu plano de vida mais consumista, e se beneficie das vantagens criadas pelo trabalho extra da primeira, mas não permite que a primeira usufrua da renda extra gerada pelo plano de vida (uma vida de maior trabalho) que por si mesma decidiu seguir.

A grande diferença entre a teoria da justiça de Rawls e a teoria de Dworkin está no fato de que a meritocracia é muito relevante para Dworkin e não para Rawls. Isto se dá pelo fato de que ambos defendem preservação da liberdade e a justiça na distribuição de recursos produzidos na sociedade capitalista. Rawls defende a justiça distributiva de bem-estar e Dworkin defende a justiça distributiva de recursos impessoais. Porém, tanto Rawls quanto Dworkin defendem uma justiça distributiva de bens primários, que são liberdades e condições que asseguram uma posição de equidade, quais sejam: os direitos fundamentais. Portanto, Rawls propaga uma igualdade de bem-estar, enquanto Dworkin propaga uma igualdade de recursos materiais, sendo que o recurso hipotético utilizado por Dworkin é o leilão hipotético e o recurso imaginário usado por Rawls é o contrato hipotético.

Diante da insensibilidade de Rawls aos dons e à ambição do ser humano, Dworkin apresenta uma contraproposta, qual seja, um leilão hipotético no qual a sociedade oferece ao público seus recursos pessoais (habilidades físicas e mentais) e recursos impessoais (terra, maquinário), embora no leilão hipotético só será colocado adisposição os recursos impessoais. Desta forma, “[...] O leilão começa, então, com pessoas que têm iguais possibilidades de adquirir os recursos impessoais que preferem. E acaba quando cada participante fica satisfeito com o lote de recursos que adquiriu, e não prefere o conjunto dos recursos adquiridos por algum outro

participante. Quando se chega a esse estágio, entende-se que fica satisfeito aquilo que Dworkin denomina “teste de inveja” (GARGARELLA, 2008, p. 69).

Nesta perspectiva, verificamos que Dworkin defende que a maioria das pessoas concorda com os princípios de justiça, quais sejam: diferença e igualdade, ou seja, o equilíbrio reflexivo. E para a reflexão, adota a alternativa do leilão hipotético.

Resumindo a contraproposta de Dworkin, verificamos que “Dworkin procura mostrar quais são as características que devem distinguir uma concepção igualitária plausível: as pessoas devem ter a possibilidade de iniciar suas vidas com iguais recursos materiais, e devem ter igual possibilidade de se garantir contra eventuais desvantagens.” (GARGARELLA, 2008, p.70). Neste contexto, Dworkin defende que a igualdade absoluta e indiscriminada é inaceitável e que o critério para distribuição justa de bens em sociedade seria uma igualdade que considerasse as diferenças dos iguais, ou seja, os governantes deveriam promover uma igualdade material através das leis e das políticas públicas.

Quanto à posição inicial de John Rawls, Dworkin explica que Rawls “concebe um grupo de homens e mulheres que se reúnem para constituir um contrato social”, que, por sua vez, trata-se “de homens e mulheres com gostos, talentos, ambições e convicções comuns, mas que temporariamente não sabem quais são suas personalidades individuais. Eles devem se colocar de acordo sobre os termos do contrato antes que voltem a saber quem são (DWORKIN, 2007, p.235).

Nestes termos, Rawls apresenta uma releitura do contrato social clássico na sua concepção de justiça, onde no “contrato hipotético” existe uma proposta e uma aceitação por parte dos cidadãos, com termos, condições e deliberações, partindo-se todos da sua “posição original”, qual seja o fato dos homens e mulheres estarem cobertos pelo “véu da ignorância”, atingindo-se o grau máximo de imparcialidade e igualdade, não tendo essas pessoas conhecimento de sua classe social, raça, cor, habilidades, de modo que ninguém seja favorecido por algum fator, em uma verdadeira cooperação rawlsiana. Desse modo, as pessoas teriam que se valer dos mesmos instrumentos de proteção. Dworkin critica esta postura por acreditar na impossibilidade total do uso do véu da ignorância, uma vez que Dworkin entende que

é impossível livrar-se totalmente dos pré-conceitos que adquirimos durante a vida, o que concordamos.

Segundo o pensamento de Rawls, “se esses homens e mulheres são racionais e agem tão-somente em seu próprio interesse, irão escolher seus dois princípios de justiça, princípios que estabelecem, *grosso modo*, que cada pessoa deve ter a mais ampla liberdade política compatível com uma igual liberdade para todos, e que as desigualdades em termos de poder, riqueza, renda e outros recursos não devem existir a não ser na medida em que favoreçam o benefício absoluto dos membros em pior situação na sociedade”(DWORKIN, 2007,p.235).

Ocorre que os críticos de Rawls sustentam a não admissão de que esses “homens e mulheres na posição original escolheriam inevitavelmente esses dois princípios.” (DWORKIN, 2007, p. 236). Ademais, Dworkin ensina que o contrato defendido por Rawls é um contrato hipotético e “contratos hipotéticos não fornecem um argumento independente em favor da equidade do cumprimento de seus termos. Um contrato hipotético não é simplesmente uma pálida forma de um contrato real; na verdade, não é contrato algum” (DWORKIN, 2007, P.236). Para Dworkin, os princípios da justiça da posição original que perfazem o contrato hipotético, na realidade não perfazem um contrato de fato e sim um argumento.

Dworkin, discorrendo acerca da teoria da justiça de Rawls, explicita que “[...] A técnica do equilíbrio pressupõe o que se poderia chamar de teoria da “coerência” da moralidade.” E para explicar a técnica do equilíbrio, Dworkin utilizou dois modelos.

O primeiro modelo Dworkin (2007, p. 249) nomeou de “natural” e explicou que: “[...] O principal instrumento dessa descoberta é uma faculdade moral que pelo menos alguns homens possuem, que produz instituições específicas de moralidade política em situações determinadas, tal como a intuição de que a escravidão é injusta”.

Já o segundo modelo, Dworkin (2007, p. 250) nomeou de “construtivo” e:

[...] parte do pressuposto diferente – e, sob certos aspectos, bem mais complexo – de que homens e mulheres têm a responsabilidade de adequar os juízos particulares que lhes servem de base para a ação a um programa

coerente de ação ou, pelo menos, que as autoridades que exercem o poder sobre outros homens tenham esse tipo de responsabilidade [...]. Esse segundo modelo, o construtivo, não é estranho aos juristas. É análogo a um modelo de decisão judicial no direito costumeiro.

Sendo assim, Dworkin contesta a teoria da justiça de Rawls a partir de dois modelos, quais sejam: Natural, onde se observa um ponto de vista pessoal do indivíduo e o construtivo, onde se observa um ponto de vista mais público, com ênfase à moralidade política, através da coerência. Neste sentido, o procedimento construtivo e racional embasado em normas implícitas na cultura política de uma comunidade, é o fundamento de valor de uma sociedade.

Desse modo e para Dworkin, o juiz, “no espírito do modelo construtivo, aceita esses precedentes como especificações de um princípio que ele deve construir tomando por base o senso de responsabilidade relativamente à coerência com os precedentes” (DWORKIN, 2007, p. 251).

No modelo construtivo, o pressuposto de que os direitos são naturais nesse sentido é simplesmente um pressuposto a ser feito e examinado por sua capacidade de unificar e explicar nossas convicções políticas, uma decisão programática básica a ser submetida a esse teste de coerência e experiência (DWORKIN, 2007, p. 274).

Diante do exposto, observamos que as semelhanças entre a teoria de Rawls e Dworkin são notadamente mais fortes do que as diferenças. Isto porque tanto Rawls quanto Dworkin se opõem ao utilitarismo, que, por sua vez, concorda com sacrifícios de uns para beneficiar outros, o que, em tese, não leva em conta a desigualdade dos iguais, ou seja, não trata as pessoas na sua realidade plural, não oportunizando uma vida digna.

O Código de Processo Civil de 2015 é todo embasado na teoria da justiça como integridade no modelo construtivo propagado por Ronald Dworkin, por “força normativa da Constituição”. Lenio Luiz Streck (2016, p. 1186), em comentário ao artigo 926 do CPC/2015, que trata dos precedentes, explica que:

Trata-se de explicitação de algo que já estava contemplado no plano da principiologia constitucional, conforme deixo claro há muito (Streck, L.L. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2014). Ali, elenco os cinco princípios-padrões que devem sempre ser obedecidos em cada decisão

judicial, entre eles, *os princípios da coerência e da integralidade*, tese retirada de Dworkin e, em certa medida, de McCormick.

Desta forma, “[...] *coerência e a integridade* são, assim, os *vetores principiológicos* do CPC” (STRECK, 2016, p. 1187).

O CPC/2015 criou um mecanismo específico que obriga a aplicação da coerência e da integridade, qual seja, a criação de um sistema de precedentes baseado na existência de decisões vinculantes *erga omnes*. Essa ferramenta permite que os magistrados extingam demandas liminarmente e com resolução do mérito, tendo como fundamento entendimentos vinculantes que são firmados pelos tribunais.

Portanto, o direito como integridade visa a que todas as pessoas tenham seus direitos igualitários respeitados, baseados nos princípios em coerência com tudo o que foi decidido no passado e voltado para o futuro. Nesse sentido, ensina Dworkin (1999, p. 164) que o direito como integridade “supõe que as pessoas têm direitos a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado”.

Ademais,

[...] Trazer a *integridade e a coerência* para o âmago do processo não é ‘perfumaria’. O CPC é taxativo. Ele obriga. Devemos levar o texto jurídico a sério. Limites semânticos são importantes. Toda decisão em que constata que não foi obedecida a *coerência e a integralidade* (a estabilidade é decorrência lógica) é recorrível. Ou seja, uma decisão incoerente e/ou não íntegra será errada, portanto, digna de reforma (STRECK, 2016, p. 1187).

A concepção valorativa da *justiça* é trazida por Ricardo Goretti (2016, p. 57) quando afirmou que: “[...] seremos guiados por uma concepção valorativa de *justiça*, segundo o qual o resultado justo é considerado como virtude, fundamento ético de igualdade ou equidade, passível de ser consagrado por vias judiciais ou extrajudiciais.”

Desta forma, e segundo Ricardo Goretti (2016, p. 63):

[...] a noção de justiça que mais se aproxima de uma visão sobre o justo particular da mediação foi desenvolvida por Mauro Capelletti em suas considerações sobre a ‘*justiça conciliatória (ou coexistencial)*’: conceito que

se contrapõe ao sentido heteronômico e adversarial da justiça acima mencionado.

Isto porque o jurista italiano Cappelletti explicita que a decisão contenciosa resolve questões isoladas e meramente interindividuais, ou seja, sem preocupação com a continuidade do vínculo, enquanto que a justiça mediativa se preocupa com a preservação de uma relação mais durável. Nestes termos e segundo Cappelletti (1984, p. 510):

A decisão judicial emitida em 'sede contenciosa' se presta perfeitamente para resolver – 'definir' – relações isoladas e meramente interindividuais: esta remete a um episódio do passado que não é destinado a perdurar. A justiça mediativa e co-existencial, ao contrário, é voltada não para *trancher*, para dividir e definir, mas muito mais para "remendar" (alhures falei neste ponto de uma *mendingjustice*): remendar uma situação de ruptura ou de tensão em vista da preservação de um valor mais durável, a pacífica convivência de sujeitos que fazem parte de um grupo ou de uma relação complexa, a qual dificilmente podem subtrair-se.

Nesta perspectiva, verificamos que Mauro Cappelletti já previa que as práticas coexistenciais de concretização da justiça, solucionariam o conflito moral, bem como preservariam os vínculos afetivos, totalmente afetados por todas as mudanças trazidas pelo mundo moderno. Ricardo Goretti (2016, p. 64), citando Tavares, explica que:

As contribuições que as práticas coexistenciais podem prestar no sentido do favorecimento de relações duradouras justificam a importância do desenvolvimento de políticas públicas de difusão de mediação e outros métodos autocompositivos de gestão adequada de conflitos que proporcionem às partes [...] a possibilidade de se acertarem por meio de formas participativas e efetivamente harmonizadas.

A importância da manutenção dos vínculos afetivos é de suma importância para o bem estar social da comunidade em geral, na atualidade, pois cada vez mais se ouve falar de doenças mentais causadas pela própria modernidade e pelo esfriamento das relações humanas.

Ricardo Goretti (2016, p.48) discorre que:

Relacionamentos são necessários. Ainda que num ambiente líquido moderno a ideia de comprometimento em longo prazo nos remeta a uma noção de perigo, precisamos de relacionamentos em que possamos servir para alguma

coisa. Precisamos deles não só por uma questão moral de preocupação com o Outro, mas também para o nosso próprio bem.

Diante das considerações postas, adotaremos o conceito de justiça trazido por Dworkin, ou seja, a reunião da coerência e da integridade, como *vetores principiológicos* do conceito de justiça, no modelo construtivo em uma sociedade de princípios. Ou seja, é a própria comunidade que constrói a sua justiça, inclusive através das práticas coexistenciais para concretização dos métodos autocompositivos de gestão adequada de conflitos, em uma *verdadeira revolução democrática da justiça*.

Segundo Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 39):

[...] uma revolução democrática da justiça será certamente uma tarefa extremamente requintada. Faz sentido que se torne como ponto de partida uma nova concepção do acesso ao direito e à justiça. Na concepção convencional busca-se o acesso a algo que já existe e não muda em consequência do acesso. Ao contrário na concepção que proponho, o acesso irá mudar a justiça a que se tem acesso. Há aqui um sistema de transformação recíproca, jurídico-política, que é preciso analisar.

Ademais, Rawls desenvolveu uma teoria hipotética enquanto que Dworkin desenvolveu uma concepção mais prática, levando-se em conta a meritocracia, enfatizando que as pessoas são responsáveis por suas escolhas relacionadas com os recursos pessoais, mas não devem ser responsabilizadas por circunstâncias que estão fora do seu controle, daí porque defende uma justiça distributiva de recursos.

Lilian de Toni Furquim (2010, p. 51-52) observa que, para Dworkin, o conceito de direito é construído junto ao conceito de comunidade, “porque o direito como integridade nos diz que os direitos e deveres devem ser vistos como criados por um único autor, a comunidade personificada”, isto é, é a partir dela que serão reconhecidos os direitos e estabelecidos os deveres a serem exercidos pela comunidade, e não de um acordo implícito, baseado em um argumento ao estilo do aguilhão semântico. Desse modo, e para Dworkin a comunidade moderna é legitimada através da adoção de princípios que regem a organização da comunidade.

Nesse sentido, Ommati e Faro (2012, p. 198) ensinam que, para Dworkin, “o Direito é um projeto coletivo de uma comunidade de pessoas livres e iguais que estabelecem

normas que regerão suas vidas em comunidades”, um projeto que decorre de uma escolha racional prévia desses indivíduos, gerando, por isso, um “sentimento de pertencimento à comunidade daí decorrente”, capaz de manter vivo não apenas o reconhecimento de direitos, mas também a aquisição de deveres entre seus membros, empoderando-se os indivíduos.

Essa relação entre a construção do conceito de direito e a criação de direitos e deveres pela comunidade é de suma importância para entender qual o foco da teoria do direito como integridade: responder como os cidadãos devem se comportar e como os magistrados devem decidir (DWORKIN, 1999, p. 135; FURQUIM, 2010, p. 53).

Por fim, vale ressaltar que o termo “justiça” foi, durante muito tempo, associado à função judicante e suas peculiaridades e a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin traz em seus estudos uma releitura qualitativa do significado do direito fundamental do acesso à justiça, pois Dworkin não tem a preocupação com o acesso à justiça quantitativo, ou seja, em nenhum momento em sua obra consta a preocupação com redução de número de processos, ao contrário, o que preocupa Dworkin é uma “justiça” com integridade, ou seja, através das etapas de interpretação do direito com desdobramento em uma comunidade de princípios.

Desta feita, Dworkin defende o Interpretativismo, resultado de uma compreensão do direito através da interpretação de cada caso concreto com coerência e integridade baseada em princípios de acordo com o peso e importância como proteção à discriminação, ao positivismo e à discricionariedade, daí porque sua teoria apresenta uma concepção na prática.

O direito como integridade, como defende Dworkin, proporciona a construção de uma justiça qualitativa com integridade que aproxima direito e moral, através de um acesso à justiça amplo e concreto, a partir do diálogo com a participação efetiva dos destinatários atores, promovendo a participação política dos cidadãos na vida da comunidade e com o conceito interpretativo, gerando direitos e responsabilidades, garantidores dos direitos fundamentais, através de um sistema coerente de princípios, no qual se encontra os métodos autocompositivos de solução amigável de litígios.

1.4 JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA: UM OBSTÁCULO À EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Cumprido ao Poder Judiciário realizar a aplicação do direito mediante recursos interpretativos que permitam conformar as normas jurídicas ao caso concreto, ainda que elas não tenham sido criadas para ele especificamente, o que torna elementar a importância da interpretação judicial para a sociedade contemporânea. Assim, o resultado foi uma *judicialização excessiva*, a qual permanece ainda muito presente e a qual o CPC/2015 se propõe a reduzir, a partir de um conjunto de medidas, entre elas a obrigatoriedade da realização prévia de conciliação.

Segundo o Relatório Justiça em Números de 2018, do Conselho Nacional de Justiça, em 2017, 29,1 milhões de processos ingressaram no Poder Judiciário. Os dados indicam que o número de casos novos foi de 25,3 milhões em 2009, 24,1 milhões em 2010, 25,8 milhões em 2011, 27,7 milhões em 2012, 28,1 milhões em 2013, 28,4 milhões em 2014, 28,6 milhões em 2015, 29,5 milhões em 2016 e 31 milhões em 2017.

Foram baixados 31 milhões de processos em 2017. Isto significa que o índice de atendimento à demanda foi positivo (106,5%). Ocorre que o crescimento da demanda foi de 18,3% de 2009 a 2017. E o Judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos pendentes de julgamento.

A evolução histórica dos dados indica que os juízes conseguiram baixar, anualmente, praticamente o mesmo número de processos que ingressou em cada ano. Em 2017 ingressaram 29,1 milhões de casos novos e 31 milhões foram baixados, indicando um índice de atendimento à demanda positivo (106,5%). O índice de atendimento à demanda tradicionalmente é negativo e quando é positivo, supera pouco os 100%.

Se a produtividade dos magistrados é compatível com o volume de casos novos, o mesmo não pode ser dito em relação aos casos pendentes. O Judiciário finalizou 2017 com 80,1 milhões de casos pendentes. O Relatório indica a seguinte série histórica dos casos pendentes: 60,7 milhões em 2009, 61,9 milhões em 2010, 64,4 milhões em

2011, 67,1 milhões e, 2012, 71,6 milhões em 2013, 72 milhões em 2014, 76,9 milhões em 2015, 79,8 milhões em 2016 e 80,1 milhões em 2017.

O passivo de casos pendentes é muito superior ao volume de casos novos. Em 2017, como já indicado, ingressaram 29,1 milhões de casos novos, mas o Judiciário finalizou o mesmo ano com 80,1 milhões de processos que se acumularam para o ano seguinte.

A evolução histórica dos dados indica que o volume de casos novos é crescente, fato que nos leva a concluir que o acúmulo de processos não pode ser resolvido com um aumento da produtividade dos magistrados, que não apresenta muita variação, indicando já ter se aproximado do seu limite.

Aumentar o número de juízes para, assim, elevar a produtividade, não é viável, considerando que em 2017 o custo do Judiciário foi superior a R\$ 91 bilhões. De 2011 a 2017 as despesas cresceram uma média anual de 4,1%. O Relatório indica a seguinte evolução histórica das despesas: 2009 (R\$ 60 bilhões), 2010 (R\$ 64,2 bilhões), 2011 (R\$ 72,9 bilhões), 2012 (R\$ 78,2 bilhões), 2013 (R\$ 79,4 bilhões), 2014 (R\$ 82,8 bilhões), 2015 (R\$ 86,6 bilhões), 2016 (R\$ 87 bilhões), 2017 (R\$ 90,8 bilhões). E 90,5% do total de despesas, em 2017, foi destinado ao pagamento de recursos humanos.

No período compreendido entre os anos de 2015 e 2017, o índice de conciliação (fornecido pelo percentual de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo em relação ao total de sentenças e decisões terminativas) se manteve estável em 17%. A estabilidade revela que a política nacional de resolução adequada de conflitos no âmbito do Poder Judiciário, instituída pela Resolução nº 125/2010 do CNJ e incorporada pelo legislador do CPC/2015, ainda não produziu os resultados esperados, ao menos quantitativamente.

Portanto, o que se pode dizer é que o Poder Judiciário se tornou um caminho recorrente para resolver os conflitos sociais, qualificados por pretensões resistidas, que, a princípio, não dependeriam dele para serem solucionados, mas diante de uma *cultura da litigiosidade*, há excesso de judicialização.

É aí que surge a noção de judicialização, que envolve, segundo Luís Roberto Barroso (2009, p. 19), “uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”, decorrente tanto de uma tendência mundial quanto de causas afetas ao modelo institucional adotado no Brasil.

Embora a judicialização não seja, em si, um problema, até porque uma de suas causas é “a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária”, o que, aliás, aconteceu em outros ordenamentos jurídicos, como o português e o espanhol (BARROSO, 2009, p. 19-20), no Brasil ela tem se tornado um problema, já que o excesso de demandas com pedidos mais diferenciados possíveis, acarreta obstáculo na distribuição da justiça, em tempo hábil.

O problema da judicialização é justamente o seu excesso, o que tem se tornado comum no cenário brasileiro desde pelo menos a redemocratização em 1988. Isso porque, como afirma Barroso (2009, p. 20), “a Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador”, gerando, portanto, um excesso de juridicidade.

Apesar do papel contra majoritário desempenhado pelo Poder Judiciário ao atuar em um contexto de judicialização da política possa, por uma perspectiva otimista, ser visto como “potencializador da cidadania e dos direitos sociais e como um espaço legítimo para mediar demandas coletivas que não encontram respaldo no Legislativo e no Executivo” (ENGELMANN, 2017, p. 4), há também um ponto de vista pessimista.

A perspectiva pessimista não pode ser desconsiderada posto que o excesso de protagonismo do Poder Judiciário em uma “cultura de litigiosidade” tende a acomodar o cidadão, que deixa de resolver seus problemas através dos meios alternativos de solução de conflitos intersubjetivos.

Perspectiva essa também percebida por Ricardo Goretti Santos (2016, p. 40), para quem “é preciso ponderar sobre duas consequências desse protagonismo”, isto é, de um lado, “o esvaziamento de algumas funções típicas dos demais Poderes (Executivo

e Legislativo)”, e, de outro, “o enfraquecimento da autonomia de indivíduos para a gestão autônoma dos seus próprios conflitos”.

A tendência expansionista do Poder Judiciário é fruto do sistema jurídico adotado na redemocratização com a CF/88 e, no caso específico do direito processual civil, vigente até a revogação do CPC/73.

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer (2014, p. 172) discorre que:

O Judiciário representa hoje um dos poderes com maior concentração de expectativas sociais dentre as instituições até então reconhecidas como aquelas com capacidade para gerenciar e tutelar a vida humana. O homem, ser autônomo em essência e dependente na prática, continua em busca de um lugar ou alguém, onde possa depositar seus problemas e conflitos na expectativa de vê-los solucionados se que para isso precise enfrentar, autonomamente, os desafios que sua autonomia pressupõe. Ao mesmo tempo, instituições e pessoas continuam a alimentar o ideário da dependência, reforçando seu lugar de poder que a condição e tutor lhe outorga.

Para que essa situação de dependência seja desfeita, é necessário que haja uma mudança comportamental de toda sociedade. A amenização dos efeitos produzidos por um conjunto obstáculos à efetivação do direito fundamental de acesso à justiça no Brasil é um desafio que passa pela tomada de um conjunto de medidas igualmente complexas.

Na sequência, recorreremos à lição de Ronald Dworkin para apresentar uma das medidas que, acreditamos, pode contribuir no combate à judicialização excessiva.

1.5 INTEGRIDADE: VIRTUDE ESSENCIAL NO COMBATE À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA

Ronald Dworkin propõe uma nova visão do positivismo com a inclusão de padrões normativos além das regras, quais sejam: princípios e políticas públicas, visando a realização em alto grau do bem-estar de toda a comunidade.

O uso da via processual para resolver litígios como se fosse o único meio de efetivação do direito fundamental de acarreta uma sobrecarga no Judiciário, contrariando a lógica do caráter secundário da jurisdição. Essa sobrecarga, somada a insuficiência de recursos humanos e materiais que aflige diversos tribunais, também contribui para morosidade processual.

A amenização da morosidade e de outros efeitos produzidos pela judicialização excessiva passa por uma mudança comportamental, com a inserção dos meios de resolução amigável dos conflitos, concretizando uma democracia participativa.

A proposta do neoconstitucionalismo vai além do mero uso do processo como instrumento para dar efetividade a direitos. Segundo destacado por Gisele Leite (2016, p. 228-229), com o neoprocessualismo¹, o direito processual entrou em sua quarta fase evolutiva, que destaca a importância de valores reconhecidos constitucionalmente, não apenas na interpretação, mas também na aplicação das normas processuais. Isso significa não apenas trazer a principiologia que se destaca com o neoconstitucionalismo para as decisões judiciais, mas também com que o processo e, também, o procedimento observe tais princípios.

O CPC/2015 é, por definição, resultado do *neoprocessualismo*, o qual, como parece intuitivo, remete ao *neopositivismo*² e também ao *neoconstitucionalismo*.³ O prefixo *neo*, que significa *novo*, orienta o operador do direito a entender que, a partir desses

¹ O termo neoprocessualismo, de acordo com Gisele Leite (2016, p. 228), “trata do estudo e aplicação do direito processual de acordo com novo repertório e aplicação do direito processual de acordo com novo repertório teórico que corresponde à quarta fase da evolução do direito processual, apesar de mantidas as conquistas do processualismo e do instrumentalismo”.

² O neopositivismo é também conhecido por pós-positivismo, e, segundo Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2016, p. 201), “se caracteriza por buscar a ligação entre o Direito e a Moral por meio da interpretação de princípios jurídicos muito abertos, aos quais é reconhecido pleno caráter normativo. Ele, porém, não recorre a valores metafísicos ou a doutrinas religiosas para busca da Justiça, mas sim a uma argumentação jurídica mais aberta, intersubjetiva, permeável à Moral, que não se esgota na lógica formal. É claro que, no âmbito do paradigma pós-positivista, existem diferenças internas bastante consistentes. Há, por exemplo, visões mais ou menos liberais nos campos político ou econômico; posições mais ou menos favoráveis ao protagonismo do Poder Judiciário na arena constitucional. No entanto, nossa percepção inicial é de que tais diferenças não são maiores do que as existentes no positivismo, entre, por exemplo, posições como a de Hans Kelsen e as da Escola da Exegese”.

³ A expressão neoconstitucionalismo, embora bastante difundida é, também, pelo menos na mesma medida, criticada. Conforme apontam Souza Neto e Sarmento (2016, p. 202), há uma ligação direta entre o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo: “o neoconstitucionalismo envolve simultaneamente mudanças no tipo das constituições e dos correspondentes arranjos institucionais e alterações na teoria jurídica subjacente”.

movimentos, há, em curso, uma mudança de paradigma, a qual, no campo específico do direito processual, determina a adoção de melhores soluções para velhos problemas (CAMBI, 2008, p. 94). Isso não significa, no entanto, que as melhores soluções sejam novas, mas que a elas será dada uma nova configuração para que possam melhor solucionar os problemas que o atual paradigma não se mostrou eficaz em resolver.

A contribuição, extraída da lição de Ronald Dworkin, para o problema da judicialização excessiva se baseia no neopositivismo jurídico. Esse movimento, também conhecido como pós-positivismo jurídico, é visto pela doutrina, segundo Ricardo Fernandes e Guilherme Bicalho (2011, p. 111-112), como “a concepção teórica do neoconstitucionalismo”, deflagrada pela crise do positivismo.

Ronald Dworkin desenvolveu a teoria da coerência e da integridade visando abordar o tema do poder discricionário do juiz proposto pelo positivismo em face de casos difíceis, a fim de encontrar uma resposta correta, defendendo o direito como integridade.

De acordo com os autores, esse novo entendimento teórico tem como características principais a abertura valorativa do ordenamento jurídico, a divisão de normas jurídicas em princípios e regras, a constitucionalização do direito e o aumento da força política do Judiciário (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 114).

Como se pode notar, muitas características do pós-positivismo jurídico estão interligadas e se direcionam também, ainda que não só, à questão da judicialização excessiva. Como demonstram Coura e Zanotti (2014, p. 55-56), muitos dos critérios para a tomada de decisões judiciais utilizados pelos magistrados têm padrões inspirados no positivismo jurídico, uma visão teórica que é qualificada por Dworkin como uma perspectiva convencionalista do direito. Nas palavras do jusfilósofo, “o convencionalismo explica de que maneira o conteúdo de decisões políticas do passado pode tornar-se explícito e incontestável”, uma vez que ele se baseia em convenções sociais, jurídicas ou não; assim, “o convencionalismo sustenta que a prática jurídica, bem compreendida, é uma questão de respeitar e aplicar essas

convenções, de considerar suas conclusões, e nada mais, como direito” (DWORKIN, 1999, p. 141-142).

O que Dworkin criticou e chamou de visão convencionalista é o positivismo, o qual se baseia, como ensinam Coura e Zanotti (2014, p. 58), em “um manifesto discurso de autoridade”, é dizer, “a *plenipotenciariade* da regra se mostra como fonte e pressuposto do sistema jurídico vigente, de modo a fechar o Direito para a amplitude normativa dos princípios”, de maneira que os positivistas, sejam eles kelsenianos, sejam eles convencionalistas, veem na regra a “fonte única de legitimidade e imprescindível para a correta aplicação do Direito”.

No convencionalismo, “o direito é o direito. Não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política” (DWORKIN, 1999, p. 141). Partindo dessa premissa e seguindo o convencionalismo, os direitos dos cidadãos são apenas aqueles que foram declarados no passado, independentemente de alguma divergência entre os operadores do direito.

Segundo Dworkin, há casos novos em que as decisões do passado não trazem a solução para o problema e não conferem a solução e diante disso, o juiz é autorizado a decidir com discricionariedade para não deixar de decidir. Para Dworkin (1999, p. 145), esse é o tipo de caso o qual os juízes devem “usar padrões extrajurídicos para fazer o que o convencionalismo considerar ser um novo direito. Depois, em casos futuros, a convenção do precedente transformará esse novo direito em direito antigo”.

Já o pragmatismo para Dworkin (1999, p. 185), “[...] nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado”. Sendo assim, no pragmatismo, a visão é voltada para o futuro eis que nesta concepção do direito, as decisões políticas do passado são contestadas. Dworkin (1999, p. 181) diferencia convencionalismo e pragmatismo quando descreve que, na prática, em uma sociedade convencionalista, a segurança jurídica seria mais aplicada, pois “alguém que planejasse seus assuntos poderia basear-se em decisões anteriores endossadas por uma convenção”, enquanto que na sociedade pragmática, o cidadão “teria de prever se os juízes considerariam seu caso como um daqueles em

que as virtudes da previsibilidade são menos importantes do que a substância da lei” e, em caso positivo, “se veriam uma decisão favorável a ele como melhor ou pior para a comunidade”.

Mas, segundo Dworkin, o pragmatismo tem suas vantagens, pois o julgador estaria livre para mudar as regras quando a mudança poderia ser melhor para a situação concreta. Também no pragmatismo, a sociedade estaria mais aberta para receber mudanças, o que no convencionalismo não seria possível, pois a sociedade está vinculada às decisões do passado.

Como os positivistas não enxergam os princípios como espécie de norma jurídica, tratando essa como sinônimo de regra jurídica, a tendência é que se não for possível a subsunção do fato concreto à norma, então, diante da regra do *non liquet*, o caso apresentado ao Poder Judiciário será solucionado com base na discricionariedade (COURA; ZANOTTI, 2014, p. 58). Nesse sentido, para Dworkin (1999, p. 145), como o magistrado não pode simplesmente “cruzar os braços e mandar as partes para casa sem tomar decisão alguma”, deve exercer o seu poder discricionário, utilizando “padrões extrajurídicos para fazer o que o convencionalismo considera ser um novo direito”, de forma que, “em casos futuros, a convenção do precedente transformará esse novo direito em direito antigo”.

Assim, o que o positivismo defende, ao fim de tudo, é que se não houver um padrão pré-estabelecido, isto é, uma convenção, o magistrado pode criá-lo e, em seguida, torná-lo uma convenção. Como escrevem Coura e Zanotti (2014, p. 58), “o positivismo kelseniano, agravado pelo giro decisionista, e o convencionalismo norte-americano diminuem o grau de segurança e coerência que se espera de um ordenamento jurídico”. O que significa, em resumo, que a decisão tomada pode depender dos próprios valores do magistrado, ou até mesmo, literalmente, de suas próprias convicções acerca da vida em um subjetivismo extremo.

Diferente do positivismo, seja kelseniano, seja convencionalista, o direito como integridade é uma teoria que propõe uma ruptura paradigmática. O caminho para essa ruptura é o abandono do argumento do agulhão semântico (COURA; ZANOTTI, 2014, p. 59). Esse argumento se baseia no entendimento de Ronald Dworkin (1999, p. 54)

de que “a menos que os advogados e juízes compartilhem critérios factuais sobre os fundamentos do direito, não poderá haver nenhuma ideia ou debate significativos sobre o que é o direito”. Ou seja, “as pessoas somente poderão divergir se compartilharem os mesmos critérios para decidir quando uma afirmação sobre o direito é verdadeira ou não” (FURQUIM, 2010, p. 41). Isso quer dizer que, para o jusfilósofo norte-americano, as teorias positivistas se prendem a padrões previamente compartilhados sobre os fundamentos do direito e, por isso, tendem a se afastar daqueles que deles não partilham.

A teoria proposta por Dworkin consiste no abandono dessa limitação sobre a interpretação e a aplicação do direito. Isso porque o direito não se restringe a regras que, se não forem capazes de fornecer respostas aos casos concretos submetidos ao Poder Judiciário, dão lugar a um decisionismo que se pretende baseado na discricionariedade.

A propósito, como destaca Carlos Henrique Generoso Costa (2011, p. 94), “para Dworkin, não há criação do Direito pelos magistrados, mas construção do Direito pelas partes mediante os princípios”, não apenas com base em regras, abandonando, portanto, o marco teórico positivista. Esse pensamento reflete a essência da conciliação e de todas as demais práticas autocompositivas de solução de conflitos: a autoridade das partes para a construção de uma decisão compartilhada que melhor atenda às particularidades do caso concreto, segundo critérios de justiça próprios.

Logo, toda a atividade de interpretação e de aplicação do direito deve se basear tanto em regras como em princípios, ambos dotados de normatividade e, ainda, evitar que o sistema se feche a valores comuns a toda a comunidade e que exclua a dependência existente entre o direito e a moral – características estas do pós-positivismo, como já apontado acima.

Nesse sentido, Ommati e Faro (2012, p. 197-198) ensinam que “o cerne do Direito é formado por princípios morais que compartilhamos enquanto uma comunidade de pessoas livres e iguais”, os quais, reconhecidos por uma ordem legal, se tornam jurídicos e, assim, passíveis de aplicação pelo Poder Judiciário. Isso não quer dizer, segundo os autores, que o Judiciário possa impor a sua vontade, independentemente

da vontade da sociedade, isto é, “os juízes não podem, dessa forma, em nome de desenvolver a moralidade da comunidade, sair inventando direitos que não existem em nossa prática política e social”.

A lição que Ommati e Faro (2012, p. 197) extraem dos ensinamentos de Dworkin é bastante clara: “quando Dworkin defende uma leitura moral da Constituição, ele não afirma que os juízes podem se utilizar de seus próprios valores para decidirem os casos que lhes são submetidos”, mas que podem fazer “uma interpretação baseada numa leitura histórica, de acordo com o que o legislador disse em um determinado momento histórico, além de ser também uma leitura baseada na prática e na integridade”.

Portanto, Dworkin defende que, mesmo diante dessa abertura interpretativa por ele proposta, o Poder Judiciário não pode pretender, diante da judicialização, ser além do guardião do ordenamento jurídico, o pacificador das questões sociais, individuais ou coletivas e, também, o moralizador da sociedade, atuação que lhe renderia uma conduta nomeadamente excessiva, já que esta função moralizadora é concedida à própria comunidade, ou seja, a solução dos conflitos deve ser encontrada pelos próprios indivíduos em uma verdadeira “comunidade de princípios”. Dito de outra maneira, ao Judiciário cabe intervir apenas naquelas situações em que sua presença for realmente necessária, bem como nas quais estejam preenchidos os requisitos necessários a acessá-lo. O caráter secundário da jurisdição fundamenta esse pensamento.

De acordo com Lacerda e Faro (2014, p. 53), Dworkin dividiu a interpretação em um procedimento trifásico, no qual são identificadas “as regras e padrões que fornecem o conteúdo experimental da prática” para, em seguida, estabelecer “uma justificação dos princípios que se ajustam às práticas em questão, visando garantir que se obtenha uma ‘interpretação’ e não uma ‘invenção’”, e por fim, a reformulação da prática para que ela se adapte.

Com efeito, todo procedimento hermenêutico deve seguir um encadeamento lógico de etapas que permitam ao intérprete chegar a um resultado adequado. Dworkin (2007, p. 81) denomina essas três etapas de pré-interpretativa, interpretativa e pós-

interpretativa, e observa que desde a primeira delas já há algum tipo de atividade exegética, mormente porque, para a formulação de convenções interpretativas, faz-se necessário haver prévios consensos entre os membros da comunidade.

Nesse passo, de acordo com Dworkin (1999, p. 83), apesar da exigência de um prévio consenso, haverá, não obstante, “uma controvérsia inevitável, mesmo entre os contemporâneos, a propósito das exatas dimensões da prática que eles todos interpretam, e a controvérsia será ainda maior quanto à melhor justificativa para tal prática”.

Sendo assim, a exigência de um consenso não significa que ele tenha de ser absoluto, ou seja, não é preciso que todos os membros da comunidade concordem com os exatos termos em que formulado o consenso e nem que as convicções sejam compartilhadas por todos da mesma maneira. Aliás, como afirmou Dworkin (1999, p. 84), o florescimento de uma atitude interpretativa necessita também de uma falta de consenso, isto é, de uma diversidade, a fim de que sempre se esteja à procura da interpretação mais adequada.

Desta forma, o fato de existir controvérsia quanto à prática interpretada, não invalida por si só o processo de interpretação, pois a meta a ser alcançada não é eliminá-lo completamente e sim aprimorá-lo em sua racionalidade.

Pode-se notar, a partir desse resumo das etapas interpretativas, que a proposta de Dworkin tramita no sentido de que os magistrados devem decidir sem criar o direito, mas interpretando-o e, fundamentalmente, a partir da observação do mundo concreto, mediante uma justificação baseada também nos princípios, tornando essa interpretação factível e aplicável no cotidiano social. O direito como integridade não trabalha, por isso, com convenções nem com criações aleatórias, como se o magistrado tivesse transformado a sua função de dizer o direito (juris, dicção) na função de criar o direito.

O procedimento dessa interpretação constante do direito é metaforicamente denominado por Dworkin de “romance em cadeia”. Trata-se de uma ideia importante para entender que a construção do significado de uma norma jurídica e suas possíveis

aplicações deve ser elaborado por reiteradas atividades exegéticas. Cada magistrado fica responsável por escrever o capítulo que lhe foi apresentado e, se necessário, os outros juízes revisarão o que foi escrito, até que o romance, feito por várias mãos, se complete.

Assim Dworkin (1999, p. 275) descreveu a sua metáfora:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. O projeto literário fictício é fantástico, mas não irreconhecível. Na verdade, alguns romances foram escritos dessa maneira, ainda que com uma finalidade espúria, e certos jogos de salão para os fins de semana chuvosos nas casas de campo inglesas têm estrutura semelhante. As séries de televisão repetem por décadas os mesmos personagens e um mínimo de relação entre personagens e enredo, ainda que sejam escritas por diferentes grupos de autores e, inclusive, em semanas diferentes. Em nosso exemplo, contudo, espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível.

É assim, da perspectiva do direito como integridade, e conseqüentemente da “justiça” como integridade, que os magistrados devem, enquanto membros do Poder Judiciário, criar, não o direito, mas interpretações a respeito do direito. O ponto de vista de Dworkin estabelece, nesse passo, uma limitação à atividade judicante, que consiste em criar uma interpretação apenas se isso for necessário, mas sempre considerando toda a construção moral em cadeia anteriormente feita, sem subjetivismo.

Desse modo, na integridade não há invenção de um novo direito e sim uma nova interpretação a partir daquilo que o agente recebe para interpretar, construindo um novo capítulo, em uma eterna continuidade. Dworkin reconheceu que identificar direito como integridade é um trabalho árduo, razão pela qual o autor cria um juiz Hércules com capacidades extraordinárias para fazer tal interpretação. Para Dworkin (1999, p. 294), no direito como integridade, exige-se do magistrado que “ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de

sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo”.

Conforme explicam Lacerda e Faro (2014, p. 55-56), Dworkin baseia essa sua proposta da construção interpretativa em cadeia na ideia de uma “comunidade de princípios”, os quais são aceitos pela sociedade como elementos que, ínsitos à sua moralidade, ajudam a melhorar a interpretação do ordenamento jurídico. A inclusão da moralidade na trama jurídica, notadamente a partir dos princípios, é importante para entender como ele pode se tornar melhor, sem que haja uma judicialização excessiva.

Quando o magistrado assume o compromisso de estar sempre melhorando o direito ele invariavelmente permite uma redução na judicialização de conflitos. Isso porque a consolidação de um entendimento, denominado jurisprudencial, baseado na melhor interpretação do direito, serve tanto para conceder direitos quanto para negá-los. Ou seja, há uma tendência a que, se esse compromisso for tomado de uma forma responsável, os autores reduzam as proposituras de ações judiciais – diante do prévio conhecimento de que determinadas demandas são entendidas pela jurisprudência vinculante ou pela interpretação consolidada do ordenamento jurídico como improcedentes –, bem como os réus reduzam seus comportamentos contrários à ordem jurídica – diante de condenações que os façam refletir sobre se a sua conduta ilícita realmente compensa – e, até mesmo, prefiram a autocomposição em lugar da heterocomposição judicial.

A preferência pela autocomposição decorreria de um comportamento cooperativo dos membros da comunidade, ou seja, seria a concretização da justiça como integridade. Como pontua Dworkin (1999, p. 230), para que se alcance a integridade, os cidadãos devem se comprometer em aceitar as exigências que lhes forem feitas, assim como deve cobrar dos outros cidadãos que as respeitem. Isso é, na verdade, aquilo que se espera de uma comunidade para que o ordenamento jurídico se perpetue, bem como a harmonia e paz sociais.

Assim, trazendo as conclusões de Dworkin para a pesquisa desenvolvida nesta dissertação, pode-se afirmar que a mudança normativa que é proposta permite a

estimulação às partes da relação processual de uma necessária mudança de comportamento. Mudança esta que é determinante para o modo como, a partir do CPC/2015, se espera que elas vislumbrem o papel democrático do Poder Judiciário, especialmente da perspectiva do autor da ação e do exercício de seu direito fundamental de acesso à justiça e da nova concepção de justiça como integridade.

Por sua vez, a virtude da integridade política, conforme ensinamentos de Dworkin (1999, p. 201), “exige que o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns”. Denota-se que o que importa na virtude da integridade política é a coerência de princípio nas condutas individuais e coletivas e inclusive estatal a fim de que os princípios sejam respeitados e concretizados.

Segundo Elda Coelho de Azevedo Bussinguer (2014, p. 176):

A implementação dessa proposta pode vir aliviar a carga autoritária, paternalista, de expansão de poder e de perspectivas de construção da autonomia dos sujeitos e da própria sociedade, em busca e ruptura da tendência centralizadora e autoritária que hoje se instalou no Judiciário em quase todas as partes do mundo.

O neoprocessualismo vincula o novo processo civil à integridade do direito a partir da força normativa, adequada e coerente da Constituição e na forma ensinada por Dworkin, visando obter a resposta adequada ao caso concreto. Desta forma, uma política estatal, como o acesso aos meios de solução amigável de conflitos, não só produz um ato jurídico, mas também um ato político, gerando consequências para toda a sociedade, eis que permite a concretização de direitos fundamentais, através de uma garantia constitucional. Ademais, a coerência, será aplicada incondicionalmente, nas hipóteses de solução amigável de conflitos, ou seja, os mesmos princípios serão aplicados em todo o procedimento de resolução de conflitos para os casos idênticos.

Desta forma, a virtude política da integridade obriga a que a resolução seja obtida de forma integrada e coerente ao conjunto do Direito, constituindo uma verdadeira garantia contra a discricionariedade, respeitando-se o princípio da igualdade e o

princípio da dignidade humana. Nesta perspectiva, Dworkin elaborou sua teoria preocupado com a moralidade do Direito e conseqüentemente com a atividade judicante qualitativa, valorizando também todos os participantes do processo na medida que tem função ativa juntamente com o magistrado, conforme acontece nos meios alternativos de solução amigável de conflito.

A teoria de Dworkin enaltece a atividade judicante quando o foco do seu estudo é encontrar a decisão correta, criticando o positivismo. Desta forma, o julgador, para Dworkin, tem a função de transformar a sociedade, inclusive através das etapas de interpretação acima elencadas, adequando o conteúdo das leis aos princípios constitucionais, sendo ao mesmo tempo crítico e autor das mudanças que ocorrem na sociedade, construindo de forma ativa um novo capítulo na história da vida contemporânea.

Por certo, nos dias atuais, há um enfraquecimento do positivismo e um engrandecimento do sistema de princípios, em uma verdade mudança do padrão hermenêutico, conforme pensado por Dworkin. Desta forma, o que importa hoje em dia é a oportunidade de discussão da ética e da moral na interpretação constitucional em consonância com as normas infraconstitucionais.

Nesta perspectiva, uma política estatal íntegra e coerente como é a política de resolução amigável de conflitos está intimamente ligada ao direito fundamental do indivíduo frente ao poder público, posto que cabe à parte escolher seu método previsto em lei em coerência com os princípios constitucionais, para solucionar seu problema, e não ser surpreendido por uma decisão judicial, por não ter optado por este meio judicial de acesso à justiça.

Ademais, Dworkin aproxima, de forma enfática, o Direito e a Moral, aproximando a comunidade na formação dos valores morais pluralistas e democráticos, em um verdadeiro incentivo à participação de todos os indivíduos nas decisões, como ocorre nos meios alternativos de solução de conflitos.

Para Elda Coelho de Azevedo Bussinguer (2014, p. 204):

Essa conclusão nos conduz mais uma vez à necessidade de encontrar alternativas mais ágeis e eficazes para o desenvolvimento da terceira onda de acesso à justiça, de modo a construir novos modelos de aproximação entre direito e valores, com potencialização de estratégias que possibilitem o alcance de um maior grau de justiça em casos difíceis, nos quais a indispensável compreensão da dimensão ética do problema será necessária para a tomada de decisões que contemplem a pluridimensionalidade das questões que envolvem os Direitos Fundamentais e seus mecanismos de efetivação.

Procura-se com a introdução dos métodos consensuais de resolução de conflitos no CPC/2015, o avanço cívico dos cidadãos de uma comunidade através da oportunidade de diálogo sobre o conflito entre os próprios envolvidos no litígio, visando a concretização do princípio da celeridade processual e cooperação em um Estado Democrático de Direito.

Diante da cultura da litigiosidade, da cultura da falta de autonomia para a gestão dos próprios conflitos e da cultura da violação de direitos que impera no Brasil, muitas controvérsias poderiam não chegar ao Judiciário, já que prescindem de decisão judicial e que poderiam ser resolvidas pelas próprias partes.]

A ideia de direitos como trunfos é de Ronald Dworkin e, segundo ela, “ter um direito fundamental, em Estado de Direito, equivale a ter um trunfo num jogo de cartas”, ou seja, se você tiver aquela carta, sairá vencedor, mesmo se enfrentada uma carta de valor facial mais alto (NOVAIS, 2006, p. 17). Segundo DarleiDall’Agnol (2005, p. 63), “a ideia básica de Dworkin é que direitos são trunfos políticos possuídos por indivíduos”. Certamente, a proposta do jusfilósofo norte-americano, ao tratar os direitos como cartas vencedoras, não tem a finalidade de criar uma cultura de litígio, especialmente se for recuperada a ideia gravada em sua teoria do direito como integridade da cooperação social, ou seja, de como os cidadãos devem se comportar uns em relação aos outros. Aliás, para Dworkin, os direitos que são trunfos equivalem a direitos fundamentais que são identificados por uma comunidade de princípios através de uma interpretação aberta e moral do direito.

No entanto, a perspectiva que trata o direito de acesso à justiça como um trunfo a ser utilizado para que um indivíduo se sagra vencedor em um conflito foge ao propósito de Dworkin e se filia à “cultura da litigiosidade”. Apesar desse forte paradigma, o sistema processual anterior ao CPC/2015 tinha, em conformidade com o texto

constitucional, normas no sentido de que os sujeitos processuais deveriam cumprir com o seu dever de colaboração com o Poder Judiciário para a descoberta da verdade. Apesar desse fato, o sistema processual previamente vigente não tinha como propósito derrubar referido padrão hermenêutico, uma vez que não dispunha, como agora dispõe, de mecanismos e normas voltadas para referido desiderato.

A propósito, como bem observam Nunes e Teixeira (2013, p. 8-9), a proposta de análise do acesso à justiça sob um enfoque democrático deve superar aqueles dois significados (acesso ao Judiciário e à ordem jurídica justa), uma vez que eles reduzem o acesso à justiça a um mero instrumento e, certamente, “um uso instrumental do direito é sempre um uso *contra* o direito”. Em outras palavras, a invocação do acesso à justiça como um trunfo impede o efetivo acesso por toda a sociedade, inclusive pelos indivíduos envolvidos no litígio.

O impedimento ao efetivo acesso à justiça pode ser vislumbrado no modo como os meios consensuais de composição de litígios são tratados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Como observam Nunes e Teixeira (2013, p. 102-103):

Geralmente, quando se fala em meios alternativos de composição de litígios, o exemplo americano é a primeira referência. No entanto, existe uma diferença substancial no modo como essas atividades são tendencialmente desenvolvidas na experiência americana e brasileira. Lá, como ressalta Veronese, as iniciativas são predominantemente desenvolvidas por entidades da sociedade civil (como clínicas de conciliação social). No Brasil, todavia, cada vez mais estas atividades (por exemplo, a conciliação extrajudicial) vêm sendo absorvidas pelos próprios tribunais, que, a fim de atender estas novas funções, se socorrem dos recursos advindos de outras searas estatais (o Ministério da Justiça, em especial). “O paradoxo é que a resolução alternativa de conflitos, que é marcada na experiência americana como uma tentativa de diminuir a presença dos tribunais na vida das pessoas, no Brasil está sendo desenvolvida principalmente por tribunais”.

Entretanto, entendemos que o motivo é que, muito embora seja verdade que os meios consensuais de resolução de conflitos estejam sendo absorvidos pelo Poder Judiciário, como uma prática ínsita ao desenvolvimento do processo, o fato é que, ante o firme enraizamento do paradigma anterior de judicialização, a permanência desses métodos consensuais no bojo da atividade judiciária é tão somente transicional. Em outros termos, quando a sociedade se acostumar e criar uma cultura da resolução consensual de litígios, afastando-se, então, do *animus litigandi*, o Poder

Judiciário deixará de desenvolver a atividade de solucionar conflitos isoladamente. Portanto, essa mudança comportamental deve surgir no âmbito da comunidade, através de seus princípios de como um ser humano deve dialogar com o outro, conforme ensina Dworkin, e os efeitos dessa mudança de cultura atingirá, por certo, o Poder Judiciário, que com o tempo, só atuará em demandas que necessariamente precisarão de intervenção judiciária, diminuindo a litigiosidade.

Ao não se utilizar a solução de Dworkin para implementar de vez uma cultura de solução consensual de conflitos, a sociedade tende a repetir e a manter aquilo que Kazuo Watanabe (2005, p. 685) chamou de *cultura da sentença*.

Além do aspecto cultural indicado, o grande obstáculo à utilização mais intensa da conciliação e mediação é a formação acadêmica dos nossos operadores do direito, que é voltada, fundamentalmente, para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses. Ou seja, toda ênfase é dada à solução dos conflitos por meio de processo judicial, em que é proferida uma *sentença*, que constitui a solução imperativa dada pelo representante do Estado. O que se privilegia é a solução pelo critério do “certo ou errado”, do “preto ou branco”, sem qualquer espaço para a adequação da solução, pelo concurso da vontade das partes, à especificidade de cada caso.

Vinícius José Corrêa Gonçalves (2014, p.172-173) adverte que: “A manutenção de uma cultura de cunho adversarial, fulcrada no processo judicial formal, como visto, só proporciona o surgimento de novos conflitos e, no mais das vezes, o aumento da violência na sociedade. Com o advento de novas controvérsias, pela ineficácia do processo em pacificar as partes, novas demandas são ajuizadas, num ciclo que se perpetua indefinidamente.”

Sendo assim, “o fator cultural, ao longo dos tempos, foi sedimentando a ideia de ser o processo judicial o melhor caminho para a pacificação social (cultura demandista), arraigando, em nossa sociedade, a noção de que este método heterocompositivo deve ser a principal (ou única) forma de deslinde de controvérsias.” (GONÇALVES, 2014, p. 177)

Ademais, Vinícius José Corrêa Gonçalves (2014, p.173), “parte desse fenômeno deve ser atribuída ao ensino jurídico, já que o modelo adversarial é o único ensinado pelas faculdades de direito durante todo o curso de graduação, com quase nenhuma exceção.”

O paradigma baseado na “cultura da sentença” (WATANABE, 2007, p. 8) ou na cultura da litigiosidade é, ainda, muito forte na sociedade brasileira. Todavia, como se tem tentado mostrar nesta dissertação, existe todo um movimento voltado para o abandono efetivo dessa percepção e a consequente adoção de uma *cultura da pacificação*, que, nas palavras de Watanabe (2005, p. 690), pretende “aliviar o juiz de primeiro grau das atividades de conciliação e atribuir essa tarefa ao conciliador, que se voltará exclusivamente à mediação”. O objetivo dessa nova cultura foi assim descrito por Watanabe (2011, p. 6-7):

A instituição de semelhante política pública pelo CNJ, além de criar um importante filtro da litigiosidade, estimulará em nível nacional o nascimento de uma nova cultura, não somente entre os profissionais do direito, como também entre os próprios jurisdicionados, de solução negociada e amigável dos conflitos. Essa cultura terá inúmeros reflexos imediatos em termos de maior coesão social e determinará, com toda a certeza, mudanças importantes na organização da sociedade, influenciando decisivamente na mudança do conteúdo e orientação do ensino universitário na área de Direito, que passará a formar profissionais com visão mais ampla e social, com plena consciência de que lhes cabe atuar muito mais na orientação, pacificação, prevenção e composição amigável, do que na solução contenciosa dos conflitos de interesses.

Desta forma, “sendo impossível evitar ou suprimir o surgimento de conflitos na sociedade, devem-se buscar meios que favoreçam a sua composição construtiva ou, nas palavras de José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler (2012, p. 115), a “*jurisconstrução*”, que consistiria em “*elaborar/consertar/pactuar/construir a resposta para o conflito que reúne as partes*”.

Aqui, novamente, aplica-se a solução de Dworkin, tanto em relação a como os magistrados devem decidir, quando em relação a como os cidadãos devem se comportar.

Ricardo Goretti (2016, p. 71-72) defende que a judicialização excessiva não decorre exclusivamente da cultura do litígio:

O que reputamos inadequado é atribuir a responsabilidade pelo acúmulo de processos a uma cultura do litígio supostamente incorporada pela sociedade brasileira. A cultura que prepondera no Brasil é a da violação de direitos e não a do litígio; afirmação que ganha contornos de evidência quando observamos que os maiores litigantes do País são instituições públicas, bancos e empresas de telefonia.

Segundo o Relatório *100 Maiores Litigantes 2012*, trazido a lume pelo Professor Ricardo Goretti (2016, p. 72):

No período compreendido entre os meses de janeiro e outubro de 2011, o setor público (federal, estadual e municipal), os bancos e as empresas de telefonia foram responsáveis por 93,5% dos processos que ingressaram na Federal, 32,5% na Justiça Estadual e 5,5% na Justiça do Trabalho, totalizando 35,5%. Apenas os bancos responderam por 10,88% dos casos levados ao Judiciário no período (CNJ, 2012,p.7).

O mapeamento dos maiores litigantes do Brasil foi também objeto de pesquisa pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), sob o título *O uso da justiça e o litígio no Brasil* (AMB, 2015), trazido pelo Professor Ricardo Goretti (2016, p. 73) que enfatizou que: “[...] tal como constatado nas pesquisas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça em 2011 e 2012, sobre os 100 maiores litigantes do Brasil, a pesquisa da AMB apurou que uma elevada concentração de processos é protagonizada por poucos, ou seja: “[...] um número extremamente reduzido de atores é responsável por pelo menos metade destes processos.” (AMB, 2015, p.12)

Desse modo, verificamos de acordo com as pesquisas realizadas e acima mencionadas, que existe no Brasil o surgimento dos litigantes habituais que são causadores da sobrecarga de trabalho forense e não propriamente a cultura da litigiosidade como ressaltado por alguns doutrinadores.

Cappelletti e Garth (1988, p.75) observaram que “[...] O enfoque do acesso à Justiça tem um número imenso de implicações. Poder-se-ia dizer que ele exige nada menos que o estudo crítico e reforma de todo o aparelho judicial.” Ademais, resta verificar se imposição da audiência de conciliação afeta os direitos dos litigantes “eventuais” em relação aos litigantes “habituais”, sendo que estes últimos possuem “maior experiência no Direito”, o que lhe possibilita melhor planejamento do litígio, conforme ensinado por Galanter, citado por Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988, p.25).

Porém, não se deve perder a concepção de que não é fácil discorrer sobre as “barreiras do acesso”, pois seus problemas estão interligados, não se resolvendo somente eliminando um deles. Para Cappelletti e Garth (1988, p. 29), “[...] como fator

complicador dos esforços para atacar as barreiras ao acesso, deve-se enfatizar que esses obstáculos não podem simplesmente ser eliminados um por um. Muitos problemas de acesso são inter-relacionados, e as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar barreiras por outro”.

Mas, inobstante a estas afirmações, e após um prazo considerável de vigência do novo Código de Processo Civil, de 2015, ainda não se implementou satisfatoriamente a cultura da designação das audiências de conciliação, na forma prevista no artigo 334 do CPC/2015, que por vezes, são dispensadas. E eis aí a questão maior trazida no presente trabalho: na prática, sendo o acesso à justiça por meio dos meios de solução amigável do litígio, qual a razão pela qual a audiência de conciliação prevista no CPC/2015 não está sendo realizada amplamente no Brasil.

Como se pode notar, a adoção nesta dissertação da teoria do direito como integridade formulada por Ronald Dworkin não se justifica no seu uso enquanto procedimento interpretativo, mas à crítica que nela se encontra internalizada a um Poder Judiciário excessivamente ativo, porque excessivamente demandado, como tem se revelado o brasileiro, especialmente durante a vigência do CPC/73, já sob a égide da CF/88. E essa crítica tem a ver com o conceito de direito e conseqüentemente com o conceito de justiça como integridade adotado pelo jusfilósofo.

A construção desse sentido toma, como fundamento, a solução de Dworkin, em especial, o papel a ser desempenhado pelos cidadãos para concretização da justiça como integridade. É dizer, trata-se de uma perspectiva que tem como objetivo demonstrar que, para colocar em prática a garantia de acesso ao Judiciário para assegurar a efetividade do direito fundamental de acesso a uma solução baseada no direito, as partes da relação processual têm de adimplir, previamente, obrigações que a ordem jurídica lhes impõe.

Uma dessas obrigações é o de tentar, ao máximo, se conciliar com a parte contrária, de forma a evitar a judicialização do conflito. Isso quer dizer que a perspectiva das obrigações traz para os cidadãos um novo ponto de vista sobre o seu papel ativo em uma comunidade.

Isso permite dizer que é obrigação de todos os operadores do direito estimular a solução amigável dos conflitos inclusive através de medidas extrajudiciais, conforme se extrai da leitura do artigo 3º, § 3º, do CPC/2015, o que demonstra que o novo diploma processual está intrinsecamente ligado à adoção dos meios adequados de solução de conflito e de sua tentativa preliminar de conciliação, sendo, portanto, esta nova técnica sua maior finalidade para combater a excessiva litigiosidade, primando pelo incentivo ao diálogo amplo e irrestrito.

E isso é particularmente relevante porque o acesso à justiça não é ilimitado, uma vez que nenhum direito fundamental é absoluto e, em razão disso, para que alguém possa exercitá-lo é necessário que cumpra certos requisitos, tais como tentar a conciliação antes da contestação, conforme estudado na presente dissertação. Nesse sentido, retornando ao CPC/2015, é possível encontrar uma matriz para a leitura do acesso à justiça a partir da perspectiva das obrigações, que pode ser denominada de sentido da cooperação, que é norma fundamental do processo civil e, por isso, deve ser respeitada. E esta obrigação está consubstanciada na tentativa de conciliação no início do processo, a fim de que, se for possível, o processo seja extinto em seu nascedouro.

Portanto, é possível afirmar que o modelo processual cooperativo, ou seja, a obrigação de tentar conciliar, é o mais importante sentido, ao menos dentro do paradigma neoprocessualista, adotado pelo CPC/2015, do acesso à justiça. A partir dela só faz sentido alguém reivindicar o seu direito ou a sua garantia, ou invocar a incidência de um princípio se, antes, cumprir a obrigação de acessar o Judiciário para obter uma resposta justa tão somente quando tiver atendido a todos os requisitos para fazê-lo. Ademais, o princípio da cooperação está intimamente ligado ao princípio do contraditório e a ruptura com o positivismo, pois estimula a colaboração intensa de todos os envolvidos em um amplo diálogo. Ademais, a justiça como integridade pressupõe a cooperação de todos os envolvidos.

Dito isso, vale ressaltar que John Rawls na sua teoria da justiça enfatiza que a sociedade deve ser uma sociedade cooperativa, em que haja reciprocidade neocontratual, na qual cada indivíduo tem o mesmo direito que o outro, direitos estes respeitados através de um contrato hipotético, em uma verdadeira cooperação

rawlsiana, acrescentando-se que Dworkin concorda com este argumento discordando apenas que deve ser introduzida nesta sociedade cooperativa o respeito a meritocracia individual.

Uma das principais pretensões deste estudo é verificar se a obrigatoriedade da audiência de conciliação, contribui para a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça ou se a demora na sua realização, por insuficiência de Centros Judiciários de Solução de Conflitos –Cejuscs e conciliadores judiciais capacitados na forma da lei, implica em morosidade sistêmica ou morosidade ativa, respectivamente.

Ensina Boaventura de Sousa Santos (2011, p.43), que “[...] a morosidade sistêmica é aquela que decorre da sobrecarga de trabalho”, enquanto que a morosidade ativa é “[...] natural que os envolvidos e os responsáveis por encaminhar uma decisão utilizem todos os tipos de escusas protelatórias possíveis” (2011, p.47). Nesta perspectiva, só se estuda o acesso à justiça através de um estudo crítico, visando analisar as vantagens e desvantagens dos novos mecanismos.

Desse modo, o estudo dos métodos alternativos de solução de conflitos exige visão crítica desta forma variada de acesso à justiça e interdisciplinaridade, sendo esta última uma característica, devido à diversidade de áreas de conhecimento envolvidas, tais como sociologia, psicologia e direito. Nesta perspectiva, a implementação dos meios de solução amigável de conflitos implica em aumento do orçamento do Judiciário, investimentos em informatização e estrutura material e capacitação de servidores.

Ademais, o papel do magistrado nesta forma de acesso à justiça mais ampla muda porque o juiz não é mais um gerenciador de “lide”, estático e sim um gerenciador de “conflito”, ou seja, um dos agentes transformadores da sociedade, porque a “lide” implica já em batalha judicial e o “conflito” é natural e próprio de quem vive em sociedade, sendo o mecanismo dos métodos alternativos de solução de conflitos, mais uma porta aberta para a solução amigável, concretizando a participação popular na administração da justiça, consolidando uma democracia participativa.

O estímulo à conciliação, portanto, é um dos meios de acesso à justiça, trazido novamente ao ordenamento jurídico pelo CPC/2015, com nova roupagem e incidente de ocorrência obrigatória, visando a diminuição do prazo para encerramento da demanda.

2 A CONCILIAÇÃO COMO VIA DE ACESSO À JUSTIÇA

O presente capítulo será dedicado à análise do instituto da conciliação, a partir de sua configuração no CPC/2015, esclarecendo sua posição normativa, sua inserção no sistema de uma justiça multiportas e, como não poderia deixar de ser, sua relação com o acesso à justiça.

2.1 ELEMENTOS DA CONCILIAÇÃO

Métodos autocompositivos de solução de conflitos, como a conciliação, caracterizam-se pela busca por um resultado que atenda aos interesses das partes em conflito, mediante práticas colaborativas de diálogo e concessões.

A conciliação é uma atividade que se desenvolve sob a presidência de um terceiro imparcial (o conciliador), que se coloca entre as partes para facilitar o processo de construção do acordo, que pode ser extrajudicial ou judicial.

O conciliador exerce um papel ativo em termos de encaminhamento de propostas de acordo. Mas a decisão sobre os rumos do conflito, é das partes.

Sua indicação está voltada para conflitos inseridos no contexto de relações que não apresentam perspectivas de continuidade para o futuro. Para os conflitos em que existe uma recomendação ou necessidade de preservação da relação entre os envolvidos, recomenda-se a mediação.

Conforme aponta Ricardo Goretti Santos (2012, p. 65), os meios consensuais foram difundidos no âmbito do Poder Judiciário diante da “inadequação de procedimentos processuais à natureza e às peculiaridades de determinadas modalidades de conflitos de interesses”, ou seja: surgiram como caminhos alternativos ao tradicional processo litigioso desenvolvido perante o Poder Judiciário.

Embora não se apresentem como uma novidade, contribuem para modificar o padrão existente, até então no ocidente, de que as demandas deveriam ser submetidas a uma solução imposta pelo Poder Judiciário.

Apesar de esses meios de solução de conflito terem ganhado maior visibilidade a partir da década de 1970, é necessário estabelecer que, mesmo entre os povos ocidentais, a sua prática é bem mais antiga. Isso porque, de um modo geral, as técnicas da chamada solução alternativa de conflitos remontam à prática da negociação, que nada mais é do que a tentativa de procurar um acordo, um meio termo, entre duas ou mais partes que mantêm, entre si, algum tipo de relacionamento, seja contínuo, seja intermitente ou, ainda, ocasional.

Métodos de prevenção e solução de conflitos como a conciliação e a mediação remontam à prática da negociação, que, se constitui, como ensina Ricardo Goretti Santos (2012, p. 94) em “método primário de resolução de controvérsias, destinado à condução de conflitos diversos, que vão de pequenos e rotineiros desentendimentos, a questões mais complexas”.

Ricardo Goretti Santos (2012, p. 120) e Guilherme Silva Barbosa Fregapani (1997, p. 101) indicam, por exemplo, que a arbitragem era uma prática milenar, inicialmente, para solucionar conflitos no âmbito do direito interno, especialmente conflitos intersubjetivos, tendo sido ampliada, posteriormente, para a solução de controvérsias externas, entre Estados.

É de se notar que a arbitragem surgiu para a solução de conflitos entre pessoas físicas e, no máximo, entre elas e pessoas jurídicas, e não, como atualmente se tem, entre pessoas jurídicas, em casos de conflitos mercantis que não possam depender da demora do Poder Judiciário e que devem ser decididos por *experts* na matéria envolvida. Nesse passo, Fregapani (1997, p. 101) aponta que houve uma espécie de época de ouro da arbitragem, em que ela era utilizada tanto na fase inicial das relações trabalhistas quanto nas relações comerciais, mas que, com o passar do tempo, foi perdendo importância e, atualmente, ela é cada vez mais frequente.

Ricardo Goretti Santos (2012, p. 120) aponta que a arbitragem contava com previsão no texto constitucional de 1824, cujo artigo 160 assim prescrevia: “nas causas cíveis e nas criminais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juizes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as partes”.

O Código Civil de 1916 continha previsão expressa da arbitragem, mas, como informa Fregapani (1997, p. 101), a técnica foi poucas vezes utilizada, em especial porque o instituto não se coadunava “com a tradição brasileira, que valoriza muito mais a sentença judicial do que o laudo arbitral”. De qualquer forma, atualmente, no Brasil, a arbitragem encontra-se prevista como um meio de solução de conflitos, tanto no CPC/2015 quanto na Lei 9.307/1996, entre outras regulamentações específicas.

A mediação, por sua vez, é ao menos tão antiga quanto a arbitragem. Conforme ensina Ricardo Goretti Santos (2012, p. 125), embora não se saiba o momento exato em que a mediação surgiu, sabe-se que ela remonta a Antiguidade oriental, mais precisamente no Império Chinês, antes do nascimento de Cristo. De acordo com o autor, entre os povos orientais o recurso ao Poder Judiciário era o caminho alternativo, havendo a primazia da cultura da não adversariedade, podendo-se dizer que, “historicamente, as sociedades orientais sempre se destacaram pela maior aceitação e utilização de práticas não adversariais de resolução de conflitos” (SANTOS, 2012, p. 126).

Todavia, registra Santos (2012, p. 127) que “apesar de bastante antiga e amplamente difundida no oriente, a mediação somente se tornou formalmente institucionalizada a partir da virada do século XX”.

Com efeito, a institucionalização da mediação, principalmente nos Estados Unidos da América, parece ter levado àquilo que Fregapani (1997, p. 101) apontou como a redução do uso da arbitragem. Segundo Santos (2012, p. 128), houve um rápido crescimento do uso da mediação nos Estados Unidos na primeira metade do século XX, inclusive com a instituição de Comissões voltadas para a conciliação, decorrentes do Serviço Federal de Mediação, criado em 1947.

No Brasil, como aponta Trícia Navarro Xavier Cabral (2017, p. 358-360), apesar de a mediação já ser praticada há algum tempo, a primeira previsão específica sobre o tema consta do Projeto de Lei 4.827/1998, cujo objetivo era “institucionalizá-la como método de prevenção e solução consensual de conflitos”, surgiram outras regulamentações, como a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Lei de Mediação nº 13.140/2015 e a expressa previsão no CPC/2015. Em nenhum desses diplomas a mediação aparece como etapa obrigatória, tal qual se dá no CPC/2015.

Em relação especificamente à conciliação, a sua datação histórica é também tão difícil quanto a da mediação e a da arbitragem. De acordo com Fregapani (1997, p. 102), “nenhuma outra forma de composição de conflitos é mais vizinha ao tipo primitivo do ideal de justiça” e, por ser “um instituto que tem a sua razão de ser na natureza do homem, nos seus vícios e nas suas virtudes, realmente não se pode assinalar a sua origem exata, porque é da própria humanidade”.

Fregapani (1997, p. 102-103), ao realizar uma breve reconstrução histórica da prática da conciliação, informa que ela era muito comum entre os povos antigos, como se pode encontrar nas narrativas de Homero (Ilíada e Odisseia), na Bíblia (Gênesis 31: 36-37 e Êxodo 18:14), bem como nos relatos históricos da Grécia e da Roma antigas, apontando que com a crise do Império Romano, o uso da conciliação perdeu força, mas que ela voltou a ser adotada intensamente com o Cristianismo. Nas Idades Moderna e Contemporânea a conciliação foi utilizada, devendo-se especial destaque à criação, na França pós-revolucionária, dos juízes de paz, inspirados na legislação holandesa.

De acordo com Fregapani (1997, p. 103), o Decreto francês previa que “nenhuma ação principal de natureza cível seria recebida pelo Tribunal do Distrito sem o certificado de haver-se tentado previamente a conciliação, perante o juiz de paz e seus assessores, que constituíam o *Bureau de paix*”. O autor aponta ainda que essa ideia de conciliação obrigatória foi, inclusive, inserida no texto constitucional francês de 1791, o qual previa: “Os Tribunais ordinários não podem receber nenhuma ação civil, sem que lhes seja certificado que as partes compareceram, ou que o demandante fez citar a parte adversa, perante os mediadores para tentar a conciliação”.

A obrigatoriedade da conciliação, após a previsão na Constituição francesa de 1791, ao que relata Fregapani (1997, p. 103-104), não foi repetida pelas ordens jurídicas posteriores, tendo as leis processuais francesa, italiana, portuguesa, espanhola, alemã, entre outras, contemplado o instituto da conciliação, mas sem impor sua tentativa como condição prévia do processo. Nessa esteira, no que se refere à sua utilização no direito estrangeiro, é possível identificar um uso cada vez mais frequente, não apenas como forma de desafogar o Judiciário e suas pautas de audiência, como também representando uma “grande evolução na direção de um conceito mais pleno de realização da Justiça” (FREGAPANI, 1997, p. 104).

Ao se referir ao caso brasileiro, Fregapani (1997, p. 104) indica que havia a previsão da tentativa de conciliação já nas Ordenações Filipinas de 1603. Todavia, não se pode considerar que se tratava de direito brasileiro, uma vez que o Brasil, a essa época, era Colônia de Portugal e, portanto, não tinha qualquer independência.

Assim, a influência recebida pela ordem jurídica brasileira, ainda durante o período imperial, foi francesa, tendo o texto constitucional de 1824 assim previsto, em seu artigo 161: “Sem se fazer constar que se tenha intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum”. E, logo em seguida, no artigo 162, instituía os juízes de paz. Essa obrigatoriedade pode ser, inclusive, notada no artigo 23 do Regulamento 737/1850 e no artigo 185 da Consolidação das Leis de Processo civil do Conselheiro Ribas.

Com a República, Fregapani (1997, p. 104-105) informa a conciliação e a sua obrigatoriedade foram suprimidos do texto constitucional de 1891 e, embora muitos Estados tenham adotado o instituto, o Código de Processo Civil de 1939 o extinguiu. Todavia, essa ausência da conciliação do cenário jurídico brasileiro teve vida breve, já que a Consolidação das Leis do Trabalho, já em 1943, a trouxe de volta, tendo o mesmo ocorrido com a previsão da Lei 968/1949, que tornou a prática da tentativa obrigatória nas ações de desquite litigioso e de alimentos, e, em seguida, com o CPC/73.

É de se notar, entretanto, da leitura desses três diplomas legais, que a prévia tentativa de conciliação não voltou a usufruir da mesma obrigatoriedade que possuía durante o

Império. O que passou a existir foi um poder-dever do juiz de tentar conciliar as partes, o que, na prática, significou, até o surgimento do CPC/2015, passando inclusive pelas Leis dos Juizados Especiais, na simples elaboração da pergunta: “existe alguma possibilidade de acordo?”; do que resultava esta resposta: “não queremos”.

Vê-se, diante desse breve apanhado histórico, que os meios consensuais de solução de conflitos são anteriores à criação do Poder Judiciário. Apesar disso, sua importância passou a ser sentida apenas quando se começou a notar que o Estado-juiz não tem dado conta de resolver, em tempo hábil, todos os casos que lhe são apresentados, desde os mais simples até os mais complexos. É o que José Renato Nalini (2017, p. 28-29) chama de “exaustão do modelo”.

Ademais, segundo Elda Coelho de Azevedo Bussinguer (2014, p. 180): “A equação entre o número de juízes existentes e o número de processos que tramitam no Judiciário não fecha e tende a se agravar em uma sociedade que judicializou a vida e na qual a noção de direitos vem se ampliando de forma sistemática e rápida.” Mas devemos reconhecer que:

[...] o sistema judiciário não se encontrava preparado, nos requisitos logísticos, de gestão, técnicas processuais e concepções acerca dos antigos e dos novos direitos decorrentes de uma sociedade em permanente transformação, para a recepção desse ingresso maciço de ações advindas da mudança no acesso a partir desse aumento da responsabilidade estatal na prestação positiva de direitos (BUSSINGUER, 2014, p. 180).

Essa exaustão do modelo se baseia, como se tem defendido, na necessidade de superação do padrão da litigiosidade, ou, como nominado por Watanabe, da cultura da sentença. E essa superação, dentro do CPC/2015 e a partir dele, tende a tornar os meios consensuais um caminho obrigatório, não mais meramente alternativo, a ser percorrido antes de se propor um novo processo, mormente em relação a questões que envolvem problemas intersubjetivos circunstanciais, os quais, conceitualmente, são solucionados, não conflituosamente, por meio da conciliação.

A conciliação é, aqui, alçada a esse papel, em decorrência tanto de sua presença histórica quanto da delimitação conceitual que o próprio CPC/2015 lhe dá no artigo 165, §§ 2º e 3º, ao prescrever que o conciliador, ao contrário do mediador, atua nos

casos em que não há vínculo anterior entre as partes. Essa conceituação, embora significativa, não é suficiente, podendo-se complementá-la com a lição de Ricardo Goretti Santos (2012, p. 112 e 117), segundo o qual:

A conciliação tem por finalidade conduzir as partes ao caminho do entendimento, ou seja, à obtenção de um acordo mútuo e voluntário”, e que se direciona a solucionar relações circunstanciais; isto é, a conciliação se posiciona, ao contrário da mediação, como uma técnica que visa resolver “problemas que não envolvem relacionamento entre as partes”, em que não há continuidade do relacionamento intersubjetivo, sendo desnecessário se falar na “preservação do diálogo entre os envolvidos no conflito.

Nesta perspectiva, Elda Coelho de Azevedo Bussinguer (2014, p. 196) menciona que:

Na busca de otimização para a resolução de controvérsias que exigem soluções cada vez mais rápidas e menos onerosas, que não tenham que enfrentar a estrutura rígida e burocrática do Estado Juiz, talvez venhamos a considerar não apenas a transferência da responsabilidade estatal pela jurisdição, para o privado, como vem acontecendo nos casos dos tribunais de arbitragem, que hoje se encontram estabelecidos como verdadeiros tribunais estatais com força decisória, com a incorporação de métodos preventivos anteriores ao ajuizamento de ações ou, até mesmo, já na própria esfera judicial ou extrajudicial, mas também ponderar possíveis caminhos desvinculados do Estado e, portanto, extraestatais para que o acesso à justiça seja de fato alcançado, dando concretude ao que Cappelletti chamou de terceira onda de acesso à justiça.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe a necessidade da designação, pelo magistrado, da audiência de conciliação ou mediação, na forma do artigo 334, “caput”, logo após o recebimento da petição inicial, ou seja: antes da contestação.

A referida audiência é obrigatória, não devendo ser realizada em apenas duas situações contempladas no art. 334, § 4º do CPC/2015, a saber: se autor e réu manifestarem, expressamente, desinteresse na sua realização e; quando a autocomposição não for admitida. Para a caracterização da primeira hipótese excepcional, o autor deve se manifestar na petição inicial e o réu, com dez dias de antecedência, contados da data da audiência, nos termos do artigo 334, § 5º, parte final do CPC/2015.

O não comparecimento injustificado de qualquer das partes é considerado ato atentatório à dignidade da justiça, passível de multa consoante artigo 334, § 8º do CPC/2015. Ressalte-se que todas as partes (requerente e requerido) devem

necessariamente estar acompanhados de advogados ou defensores públicos, na forma do artigo 334, § 9º do CPC/2015 e artigo 26 da Lei 13.140/2015.

A audiência de conciliação, conforme previsão do CPC/2015 deve ser realizada, preferencialmente, em um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejus) e pode ocorrer quantas vezes forem necessárias, desde que respeitado o prazo de 60 (sessenta) dias.

O Código de Ética constante do Anexo III da Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça traz os princípios éticos que nortearão a atuação dos conciliadores e mediadores, quais sejam: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade e neutralidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes e as técnicas de mediação: empoderamento e validação.

Pelo princípio da confidencialidade, depreende-se que se deve manter sigilo sobre tudo o que ocorrer na sessão de mediação ou conciliação, incluindo-se o dever de não servir como testemunha do caso e prestar serviço de advocacia aos interessados. Esse princípio de confiança atinge todos os envolvidos como partes, prepostos, advogados, servidores e assessores. O princípio da Decisão informada se refere ao fato de que os envolvidos devem ser amplamente informados de seus direitos, ressalvando que o conciliador/mediador não pode prestar serviço de orientação jurídica, mesmo porque as partes devem estar acompanhadas de seus respectivos advogados, cabendo apenas informar acerca dos procedimentos e conteúdo fático.

O princípio da competência se refere à qualificação adequada e necessária à atuação dos conciliadores e mediadores.

Pelo princípio da imparcialidade, é proibido qualquer favoritismo ou preferência em relação ao tratamento a qualquer dos envolvidos.

O princípio da independência dispõe que o terceiro imparcial deve atuar com liberdade na condução do procedimento, sem sofrer qualquer pressão interna e/ou externa. Cabe também ao conciliador respeitar a ordem pública e as leis vigentes.

Pode-se dizer que a conciliação, juntamente com a mediação, a arbitragem ou outros meios igualmente consensuais de solução de conflitos, se apresenta como um importante institutona busca da efetivação do direito fundamental de acesso à justiça.

2.2 DWORKIN E A NATUREZA NORMATIVA DA CONCILIAÇÃO

A questão da natureza normativa da conciliação diz respeito à classificação das normas jurídicas entre regras e princípios. No entanto, nem sempre essa divisão foi observada. Na verdade, a normatização dos princípios é um dos resultados da crítica ao positivismo jurídico, perpetrada, entre outros autores, por Ronald Dworkin.

Alexandre de Castro Coura (2013, p. 132) afirma que, para o positivismo kelseniano, que esteve em voga boa parte do século XX, a ordem jurídica é um conjunto fechado e hierarquizado composto apenas por regras, vocábulo utilizado como sinonímia de normas, as quais eram consideradas aptas a regular não apenas as relações intersubjetivas, como também as próprias condições de aplicação das regras (relações internormativas).

Essa mesma observação está presente em Dworkin (2002, p. 27-28), para quem uma das principais características do positivismo é a de que o ordenamento jurídico de cada comunidade é formado por um conjunto de regras, por ela própria utilizado, seja direta, seja indiretamente, com a finalidade de determinar as condutas a serem punidas ou coagidas pelo Estado.

Como se pode notar, a visão positivista considerava sinônimos os termos “regra” e “norma”, não deixando margem para a existência dos princípios. Com a chegada do neopositivismo ou pós-positivismo, os princípios ganharam espaço no cenário jurídico. Tanto que “a doutrina como a jurisprudência são unânimes em afirmar que as normas jurídicas mais importantes de um ordenamento jurídico são os princípios” (ÁVILA, 1999, p. 155).

Nesse sentido, com a contribuição de teóricos como Ronald Dworkin, os fundamentos do positivismo começaram a ser atacados, especialmente com a inserção dos

princípios como tipos de normas e ao modo aberto de argumentação que a sua aplicação permite. O que Dworkin fez foi, basicamente, manter a estrutura das regras como normas e apresentar para a comunidade jurídica os princípios como outro tipo de entidade normativa. Portanto, por um lado, as regras continuaram a ser aplicadas ao modo “tudo ou nada”, isto é, quando a hipótese de incidência for preenchida, a regra será aplicada – e assim será considerada válida – ou não – o que atestará sua invalidade. Então, se houver a colisão entre duas regras, uma delas, a que for invalidade, deverá ser eliminada do sistema (princípio da não-contradição). Por outro lado, os princípios não vinculam uma decisão, mas a ajudam a ser melhor fundamentada, por isso se dizer que eles têm uma dimensão de peso. Logo, para Dworkin, há uma distinção quanto à estrutura lógica. (ÁVILA, 1999, p. 156-157; BASTOS e LEITE, 2016, p. 57)

Com efeito, Dworkin, em seu livro *Levando os direitos a sério*, desfere, como, aliás, o faz em vários de seus livros, ataques contra o positivismo. Na construção de seu modelo de interpretação do direito, do qual faz parte a já comentada teoria do direito como integridade, o jusfilósofo adiciona a discussão sobre os padrões que são e os que não são regras, especificamente sobre a distinção entre os princípios, em sentido genérico, e as regras.

Nesta perspectiva, os princípios são mais abrangentes do que as regras e o fato de que um princípio seja utilizado em detrimento ao outro princípio não significa que um tenha mais força que outro. O que importa é que, para o caso concreto, o princípio mais importante para realizar o direito fundamental seja empregado.

Segundo Dworkin, as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão; já os princípios, não apresentam as mesmas consequências jurídicas automáticas que as regras e possuem dimensão de peso ou importância. (DWORKIN, 2002, p. 39 e 42)

O entendimento de Dworkin sobre o que seriam os padrões que não são regras engloba dois elementos, os princípios e as políticas, os quais, embora sejam distintos,

dada à proximidade de seus conceitos são tratados pelo jusfilósofo como princípios em sentido genérico. A diferenciação que o autor faz pode ser assim sistematizada: (a) as políticas estabelecem objetivos a serem alcançados, como melhorias ou mesmo evitar que haja retrocessos em situações já bem estabelecidas; (b) os princípios são padrões a serem observados, para que se atendam exigências de justiça, equidade ou moralidade (DWORKIN, 2002, p. 36).

Apesar dessa diferenciação entre princípios e políticas, Dworkin foca a sua atenção na distinção entre princípios, em sentido genérico, e regras. Para ele, tanto os princípios como as regras integram conjuntos de padrões. Contudo, para pertencer a cada um desses conjuntos é preciso obedecer a uma função lógica específica, ou seja, que tipo de orientação será dada em determinada situação. Assim, Dworkin (2002, p. 37) vai dizer que, por um lado, as regras atuam como normas vinculantes, enquanto que, por outro lado, os princípios atuam como normas orientadoras.

A natureza da vinculação oferecida pelas regras jurídicas é estabelecida, em geral, por uma consequência. Aqui, vale recordar a conhecida construção lógico-normativa das regras, em que o legislador prevê, abstratamente, uma conduta que, se verificada no mundo concreto, determinará a incidência de uma norma jurídica específica, que prevê, em sua estrutura, uma consequência igualmente jurídica. O exemplo mais nítido de se ver é a previsão contida no artigo 121 do Código Penal, em que o legislador prevê uma conduta (“matar alguém”) e logo em seguida estabelece a consequência para a sua prática (“pena: reclusão de seis a 20 anos). A regra jurídica é, então: se A mata B, então A deve cumprir pena de reclusão, fixada entre seis e 20 anos.

O entendimento do que seja uma regra não decorre apenas do campo jurídico. Há exemplos igualmente elucidativos noutros campos do conhecimento humano. É o caso, por exemplo, da Bíblia. No Gênesis, há dois registros que esclarecem bem o que é uma regra. Tanto no caso de Adão e Eva, que experimentaram o fruto que lhes fora proibido, quanto no caso de Caim que matou Abel, Deus estabeleceu, previamente as regras e, praticada a conduta, impingiu aos três a respectiva consequência: Adão e Eva ficaram desprotegidos, ele apenas com o esforço do trabalho, e ela com as dores do parto; e Caim foi forçado a se ver em ostracismo,

caminhando errantemente pelo mundo com a marca daquele que matou o próprio irmão.

Dworkin (2002, p. 40) afirma que uma regra pode ter exceções e que, se as tiver, elas devem ser enumeradas no corpo da regra, a fim de que o seu sentido se revele completo. Portanto, as regras criam, elas próprias, as exceções das regras gerais. Voltando ao exemplo do Código Penal, é possível apontar, de uma maneira mais completa, que matar, com dolo, alguém, enseja a punição por reclusão de seis a 20 anos, mas que, nos casos em que a conduta é praticada com culpa, a punição será, excepcionalmente, de detenção de um a três anos. Ademais, a legítima defesa é excludente de ilicitude nos termos do artigo 25 do código penal.

Ao contrário das regras, os princípios não enunciam consequências, e “mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas” (DWORKIN, 2002, p. 40). Obviamente que, “a distinção lógica entre regras e princípios aparece mais claramente quando consideramos princípios que nem mesmo se assemelham a regras” (DWORKIN, 2002, p. 42). De toda forma, é necessário que essa distinção contemple as variadas maneiras nas quais os princípios se apresentem, a fim de que a diferenciação seja mais clara.

Nesse sentido, Dworkin (2002, p. 42-43) afirma que “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância”. É dizer, enquanto as regras vinculam um comportamento, inclusive o do aplicador do direito, os princípios orientam, no sentido de direcionar esse comportamento a se tornar mais razoável dentro do próprio ordenamento jurídico. É como afirma Siqueira (2011), enquanto as regras são elaboradas para regular casos, os princípios são elaborados para contribuir na interpretação desses casos e na aplicação das regras.

Segundo Simioni (2011, p. 207), a principal diferença entre princípios e regras é que aqueles “não estabelecem as condições prévias de sua aplicação, tal como fazem as regras” e, por isso, “não são questões de tudo ou nada”; ou seja, quando há um conflito entre princípios, a escolha de um não conduz a um argumento de correção ou validade, mas de adequação ou importância.

Como observa Dworkin (2002, p. 43-45), “a forma de um padrão nem sempre deixa claro se ele é uma regra ou um princípio”, e isso se dá porque há casos em que “regras ou princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma”, e cita o julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos da América sobre a natureza de regra ou de princípio da primeira seção do Sherman Act, pela qual “será nulo todo o contrato que implique proibição de comércio”. Conforme aponta Dworkin, a Corte “interpretou a disposição como uma regra, mas tratou-a como se ela contivesse a expressão ‘não razoável’ e como se proibisse apenas ‘a proibição de comércio não razoável’”, o que permitiu que a disposição funcione, “do ponto de vista lógico, como uma regra”, isto é, “sempre que um tribunal considera que uma proibição é ‘não razoável’ está obrigado a considerar o contrato inválido”, mas, do ponto de vista argumentativo, “como um princípio”, significando que o magistrado deve considerar “vários outros princípios e políticas para determinar se uma proibição particular em circunstâncias econômicas particulares é ‘não razoável’”.

Diante disso, pode-se concluir que os princípios estão por toda a parte, assim como as regras, e que não existe uma fórmula exata que permita dizer que uma determinada construção normativa é uma regra ou é um princípio. Pode-se afirmar, de outra forma, que há casos em que a mesma norma irá se comportar como uma regra, e outros em que ela se comportará como um princípio. “Geralmente, quando uma regra utiliza palavras abertas ou conceitos discricionários como “razoável”, “injusto”, “significativo”, “função social”, “boa-fé” etc., isso faz com que a sua aplicação convide ao uso de argumentos de princípio” (SIMIONI, 2011, p. 207).

Um exemplo bastante elucidativo é o do assim chamado princípio da legalidade. Caso ele seja observado no contexto das relações jurídicas de direito privado (artigo 5º, inciso II, da CF/88), ele será formulado como um verdadeiro princípio, já que ao particular é permitido fazer tudo o que a lei não proíba. No entanto, se ele for observado no contexto das relações jurídicas de direito público (artigo 37, *caput*, e artigo 150, I, da CF/88), ele será formulado como uma verdadeira regra, uma vez que ao Poder Público é proibido fazer aquilo que a lei não permita. É dizer, nas relações privadas, a legalidade é um princípio, que contribui para a interpretação e a aplicação

das regras incidentes ao caso concreto; enquanto que, nas relações públicas, a legalidade é uma regra, que impõe uma conduta ao Poder Público.

Essa percepção de que um texto normativo pode funcionar ora como princípio, ora como regra, faz parte da distinção proposta por Dworkin (2002, p. 119-120), que, ao rebater seus críticos, afirmou que a sua proposta é evitar tratar o direito como um conjunto fixo de padrões. O ponto de Dworkin é que há distinção entre regras e princípios, mas ela é importante para a solução dos casos de colisão, e não para identificar qual a natureza jurídica de uma determinada construção normativa. Isso porque, a depender da forma como a norma é utilizada e da relação jurídica subjacente a ela, a sua natureza jurídica poderá (e certamente irá) variar.

É importante recordar que a distinção entre regras e princípios, toma em conta que os princípios são vistos de uma maneira bastante ampla, abrangendo as políticas. Conforme lembra Simioni (2011, p. 208), essas políticas ou objetivos políticos ou, ainda, segundo a tradição brasileira, políticas públicas, “não são regras jurídicas, mas padrões que, de fato, as decisões judiciais utilizam para justificar suas conclusões”.

Trazendo esse entendimento sobre a distinção entre princípios e regras para o CPC/2015, especificamente para o caso da norma que reconhece a conciliação como fundamento do processo civil, pode-se dizer que o reconhecimento não tem o poder de transformar a norma, ainda que fundamental, em uma regra ou em um princípio. Partindo-se daquelas distinções feitas por Dworkin entre regras, princípios e políticas, há a tendência a considerar a conciliação como uma política e, por isso, dentro da teoria do jusfilósofo, como princípio em sentido genérico. Todavia, embora o autor tenha aglutinado o padrão das políticas e dos princípios, o fez apenas para explicitar melhor a distinção entre regras e princípios.

Nesse passo, a natureza normativa dos meios alternativos de solução amigável de litígios não é nem de princípio, nem de regra, mas de política pública, uma vez que estabelece um padrão que contém objetivos a serem alcançados, em geral uma melhoria em algum aspecto de uma comunidade (DWORKIN, 2002, p. 36). No caso da audiência de conciliação, a mesma se configura como regra para implementação da Política Pública dos meios alternativos de solução amigável de controvérsia, já que

não existe aplicação da conciliação em maior ou menor grau e sim uma obrigatoriedade em sua aplicabilidade na base do tudo-ou-nada, acrescentando-se na própria regra da conciliação é trazida sua exceção, ou seja, os casos em que a audiência de conciliação não será aplicada, pois “toda regra tem exceção” e, por fim, vale mencionar que essa melhoria é visível em termos de acesso à justiça e redução da litigiosidade, o que conduz ao paradigma da *cultura da pacificação*.

2.3 A NATUREZA PROCESSUAL DA TENTATIVA INCIDENTAL DE CONCILIAR

O subcapítulo anterior trabalhou com o argumento de que o acesso à justiça é um instituto cujo exercício está sujeito a condicionamentos, os quais são legitimados pela própria previsão constitucional originária e justificados com base no quarto aspecto do acesso à justiça, o da cooperação. Com isso fixou-se a ideia segundo a qual o exercício do acesso à justiça está constitucionalmente limitado à existência de lesão ou ameaça a direito, tendo-se concluído que tanto o autor deve evitar submeter a juízo demandas em que não haja tais lesão ou ameaça, bem como o requerido deve se abster de provocá-las quando já exista o reconhecimento pacífico do direito, razão pela qual é aplicada a multa quando o embargante opõe embargos declaratórios protelatórios quando a decisão já está pacificada.

A proposta do presente subcapítulo é fixar o pensamento segundo o qual a norma processual que determina a obrigatoriedade da prévia tentativa de conciliar tem a natureza de uma condicionante do exercício do acesso à justiça, a qual se perfaz, da perspectiva do autor da demanda, no interesse-necessidade de agir. A finalidade é atestar a constitucionalidade da norma impositiva trazida pelo CPC/2015.

A afirmação de que a norma da obrigatoriedade de prévia tentativa de conciliar tem a natureza de uma condicionante direciona a análise para o instituto das condições da ação, cujo conceito, com o CPC/2015, como afirma Fredie Didier Jr. (2017, p. 346-347), foi abandonado, tendo sido o reconhecimento de seus elementos reconfigurado para ser abrangido pela análise do mérito, no caso da impossibilidade jurídica do pedido, e pela análise de admissibilidade, no caso da legitimidade e do interesse de agir.

A análise da admissibilidade de uma ação determina se a petição inicial será ou não recebida e, por conseguinte, se o feito tramitará ou não. Nesse sentido, como aponta Didier Jr. (2017, p. 385), a legitimação para agir e o interesse processual se encartam na categoria dos pressupostos processuais: “a legitimidade *ad causam* é hipótese de requisito de admissibilidade subjetivo relacionado às partes; o interesse de agir, requisito objetivo extrínseco positivo”.

O artigo 17 do CPC/015 prescreve que “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”. Tanto o interesse quanto a legitimidade são, portanto, requisitos para se postular em juízo. No caso da presente dissertação, o foco recai sobre o requisito objetivo da perspectiva do autor da demanda, já que, como ficou estabelecido no subcapítulo anterior, a CF/88 determina que, para exercitar o acesso à justiça, o autor deve provar o dano (lesão) ou a ameaça dele a um direito seu, ainda que a situação seja putativa.

A afirmação de que o acionamento do Judiciário depende de que o autor sofra em um direito seu uma lesão ou ameaça é feita de uma perspectiva constitucionalista. A mesma asserção, do ponto de vista processualista, indica a dependência de haver um interesse de agir. Nesse passo, Didier Jr. (2017, p. 404) afirma que “o interesse de agir é um requisito processual *extrínseco positivo*: é fato que deve existir para que a instauração do processo se dê validamente. Se por acaso faltar interesse de agir, o pedido não será examinado”. Portanto, inexistente a lesão ou ameaça a direito, ou, em outros termos, inexistente o interesse de agir, não há que se falar em exercício do acesso à justiça.

O interesse de agir será sempre avaliado caso a caso, sempre com a observação da situação concreta revelada pelas alegações e provas produzidas em juízo. Assim, se houver, efetivamente, um cenário no qual se revele, ainda que nebulosamente, uma lesão ou ameaça a direito do autor, haverá o processamento do feito, ainda que se descubra, com as alegações e provas deduzidas pelo réu ou por terceiros que aquele direito nunca foi lesionado, nem ameaçado ou que sequer existiu.

Fredie Didier Jr. (2017, p. 403) afirma que o interesse de agir possui duas dimensões, as quais devem ser examinadas, a necessidade e a utilidade da tutela jurisdicional.

Aqui se concorda com o entendimento do autor de que, embora haja outros autores incluam a adequação como terceira dimensão, esse posicionamento não merece ser acolhido, uma vez que se refere ao procedimento escolhido, o qual pode sempre ser corrigido, seja pelo autor, quando instigado a emendar a inicial, seja de ofício pelo juízo, ao contrário do que ocorre com a utilidade e a necessidade.

Cândido Rangel Dinamarco (2000, p. 405-406), que defende a tridimensionalidade, registrou a seguinte crítica que José Carlos Barbosa Moreira lhe fez durante a defesa de sua tese de livre-docência:

Aberra até do bom-senso afirmar que uma pessoa não tem interesse em determinada providência só porque se utilize da via inadequada. Pode inclusive acontecer que a própria escolha da via inadequada seja uma consequência do interesse particularmente intenso; se alguém requerer a execução sem título, não será possível enxergar-se aí uma tentativa, ilegítima embora, de satisfazer interesse tão-premente, aos olhos do titular, que lhe pareça incompatível com os incômodos e delongas da prévia cognição? Seria antes o caso de falar em excesso do que em falta de interesse [...].

Com efeito, a ideia subjacente à defesa da adequação como dimensão de interesse contém um equívoco. Isso porque, muito embora um interesse possa se revelar adequado ou inadequado, essa adequação não tem relação com o procedimento escolhido, e sim com a utilidade de acionar o Judiciário e a necessidade de que ele intervenha na relação. A escolha do procedimento, a propósito, é uma imposição legal, conforme se pode extrair de vários dispositivos do CPC/2015, como, por exemplo, no caso dos procedimentos de tutela antecipada antecedente (arts. 303 e ss.), comum (arts. 318 e ss.), de jurisdição voluntária (arts. 719 e ss.), de execução (arts. 771 e ss.), entre outros. Portanto, ainda que o procedimento comum seja subsidiário, não é possível, por exemplo, forçar a adoção de procedimento de juizado especial (Lei 9.099/1995) para causas cujo valor supere o teto de alçada, a lei não só veda, como a prática tem a determinação de que os autos sejam direcionados ao juízo competente.

A conclusão é que o interesse de agir deve ser dimensionado tão somente quanto à utilidade e à necessidade da busca pela tutela jurisdicional. Conforme ensina Didier Jr. (2017, p. 405), a utilidade significa que o processo tem aptidão de proporcionar ao autor o resultado favorável que ele pretende; ao passo que a necessidade quer dizer

que, embora tenham sido tentadas outras formas de solucionar o conflito, restou apenas, como última possibilidade, o recurso ao Poder Judiciário.

O interesse-utilidade revela a mesma ideia utilizada no artigo 5º, XXXIV, “a”, e XXXV, da CF/88, de que o exercício do acesso à justiça somente é possível se houver lesão ou ameaça a direito. Ou seja, supondo-se um ambiente de boa-fé processual, se o autor realmente acreditar e trazer aos autos provas que, em um primeiro momento, levem o magistrado a crer que aquele direito e aquela lesão ou ameaça existem, então estará presente a utilidade, já que é buscado um interesse proveitoso, que o réu não reconheceu quando lhe foi dada a oportunidade de fazê-lo extrajudicialmente.

O interesse-necessidade restringe o interesse-utilidade, na medida em que estabelece que, ainda que haja lesão ou ameaça a direito, o acesso à justiça somente poderá ser exercido como última forma de solucionar o conflito. Isso quer dizer que o autor deve, antes de acionar o Poder Judiciário, buscar outras formas de resolver a controvérsia gerada com o réu. Assim, conforme aponta Didier Jr. (2017, p. 406), “se não houver meios para a satisfação voluntária, há necessidade da jurisdição”. Ou, na lição de Alves e Azevedo (2014, p. 177), somente há necessidade se for impraticável o exercício de um direito extrajudicialmente.

Segundo Trícia Navarro Xavier Cabral (2015, p. 146/147), “...tem-se que o fator necessidade está relacionado com a imprescindibilidade de intervenção estatal para a solução da controvérsia ou o afastamento de uma lesão de direito. Trata-se de circunstância que visa a impedir a provocação da atividade jurisdicional por simples capricho, para importunar ou intimidar o réu, não podendo ainda utilizar a máquina judiciária para fins de consultoria de teses jurídicas.”

Vale ressaltar que alguns doutrinadores entendem que o interesse de agir não pode se constituir em uma das condições da ação e sim como pressuposto processual, pois não se identifica com a ação. Neste sentido, temos que “O interesse de agir, sob qualquer ângulo que se observe, não se identifica com a ação e, por essa razão, não pode constituir uma de suas condições. Trata-se, na verdade, de um requisito para o exercício da jurisdição, devendo ser qualificado como pressuposto processual” (CABRAL, 2015, 147).

Inobstante a tais discussões doutrinárias, o certo é que a norma que determina a obrigatoriedade da prévia tentativa de conciliar decorre de maneira muito clara, então, do interesse-necessidade. Desta feita, “o autor deve expor ao magistrado que possui um motivo legítimo e razoável para demandar, demonstrando, assim, a relevância da utilização do processo. É uma apresentação de justa causa pelo autor, para justificar a provocação jurisdicional. (CABRAL, 2015, p. 148)

Nesta perspectiva, “caso o juiz conclua que a intervenção estatal não se faz necessária naquele momento, que o autor não terá qualquer benefício prático com o processo, ou se a finalidade do processo é abusiva ou ilícita, ele não estará adentrando na lide propriamente dita e nem resolvendo aspectos meritórios, mas apenas decidindo questão atinente à viabilidade do ato de provocar a jurisdição.” (CABRAL, 2015, P.148)

Como se pode extrair do *caput* do artigo 3º do CPC/2015, o legislador infraconstitucional repetiu a previsão contida na CF/88 que revela o interesse-utilidade: “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”. E, nos parágrafos seguintes, registrou a preferência pela solução consensual dos conflitos, seja pela mediação ou conciliação, ou por outras formas existentes. É interessante que, embora haja a indicação pela preferência, a obrigatoriedade somente aparecerá, pela primeira vez, no artigo 319, VII, do CPC/2015, pelo qual o autor deverá indicar, como requisito de sua petição inicial, a sua opção pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

A doutrina majoritária, como levantaram Siqueira e Brito (2017), entende que a norma contida no artigo 319, VII, do CPC/2015 não é impositiva, ou seja, embora seja tratada como um requisito da regularidade da petição inicial, não é causa, assim como não é a indicação das provas a serem produzidas (inciso VI do artigo 319), ensejadora da necessidade de emendar a exordial.

Para tanto, o advogado tem que estar preparado para avaliar qual a forma de resolução de conflitos irá resolver com maior celeridade e efetividade o problema de seu cliente. Portanto, o primeiro ator social que irá escolher a via adequada para

resolução do conflito é o advogado, que precisa ter conhecimento profundo dos métodos alternativos de solução amigável dos conflitos.

Frank Sander, em entrevista a Mari Hernandez Crespo (2012, p. 35), explicou que:

Uma lei interessante, existente em vários estados, diz que os advogados têm o dever ético de avaliar diferentes formas de resolução de conflitos em suas ações. Assim, quando alguém procura um advogado nesses estados – como Massachusetts, Colorado, New Jersey e muitos outros -, é preciso pesquisar várias opções com o cliente, exatamente como um médico faz quando alguém chega com alguma queixa. A pessoa diz: ‘estou com dor de estômago’, e o médico não responde: ‘bom, vou pegar meu bisturi para fazer a operação’. Os médicos precisam apresentar as suas opções: ‘você pode tomar remédios, ou não fazer nada, ou fazer uma operação’. Da mesma forma, os advogados precisam fazer a mesma coisa com os conflitos, o que leva naturalmente a um exame mais detalhado das opções para resolver o conflito.

A obrigatoriedade de prévia tentativa de conciliação somente vai aparecer, então, no artigo 334 do CPC/2015, pelo qual o juízo deverá designar, de ofício, a audiência, salvo se for caso que não a admita ou se ambas as partes expressamente manifestarem o seu desinteresse (*caput* e § 4º). Caso haja a designação e qualquer uma das partes não compareça, o fato será considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa (§ 8º). Além disso, embora o réu seja citado para comparecer, o prazo para apresentar sua contestação somente tem início, nesse caso, “quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição” (artigo 335, I, do CPC/2015).

A imposição de tentativa incidental de conciliar aparece, atualmente, no CPC/2015, como se pode notar, como um ato processual, encravado entre a citação e a apresentação da contestação. No entanto, isso é insuficiente para afastar a natureza processual da norma imperativa como requisito para litigar em juízo, albergada sob o interesse-necessidade de agir. É que, como se tem defendido nesta dissertação, a inserção da necessidade de tentar resolver o litígio sem a intervenção judiciária passa por uma transição paradigmática, tendo o legislador optado pela forma mais conveniente de se introduzir, aos poucos, essa noção na sociedade brasileira, ainda baseada na cultura da sentença, e não da pacificação.

A cultura da pacificação é, a propósito, uma proposta constitucional no Brasil. Embora o preâmbulo da CF/88 não possua normatividade, é notório que os constituintes imaginaram um Estado Democrático baseado na solução pacífica das controvérsias. Não se trata, obviamente, de apenas um princípio que rege a República em suas relações internacionais, como previsto no artigo 4º, VII, da CF/88. Isso porque, por exemplo, o artigo 217, § 1º, da CF/88, determina que “o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”.

A norma contida no artigo 217, § 1º, da CF/88, representa uma clara restrição ao artigo 5º, XXXV, do mesmo diploma. Trata-se, à evidência, de uma restrição originária, ou seja, não passível de controle de constitucionalidade, o que, embora destoe um pouco da análise aqui feita, serve para que ela seja melhor introduzida e entendida. Nesse passo, o STF (2009) decidiu que, de fato, o livre acesso ao judiciário, previsto no rol do artigo 5º da CF/88, foi mitigado pelo constituinte originário e que, apesar disso, tal restrição deve ser interpretada estritamente, não podendo ser estendida a outros casos.

Com efeito, a necessidade de esgotamento das vias administrativas não pode ser transferida para outros tipos de casos que não aqueles relacionados à disciplina e às competições desportivas. Isso não significa, entretanto, que não seja possível instituir condições ou pressupostos para regular o acesso à justiça. É o caso das condições da ação, atualmente tratadas como pressupostos processuais, e entre os quais está o interesse de agir.

O STF (2014), aliás, reconheceu essa possibilidade quando estabeleceu que o prévio requerimento administrativo perante o INSS é necessário antes que o beneficiário, segurado ou dependente, recorra ao Poder Judiciário para obter a concessão de benefício previdenciário, conforme se extrai da ementa do julgado: “a concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise”. De acordo com o STF, essa exigência não se confunde com o esgotamento das vias administrativas, e sim representa um requisito para acionar o Judiciário.

O mesmo entendimento é adotado pelo STJ (2015), por exemplo, no caso de ação cautelar de exibição de documentos, em que se entende que só haverá interesse de agir se demonstrados a “existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual”.

Nesse sentido, quando o legislador infraconstitucional estabelece a necessidade de se observar condições para o exercício do acesso à justiça, ele não faz mais do que coadunar o seu propósito com a proposta constitucional de procurar obter, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. Assim, ao estabelecer que o autor somente pode acessar o Judiciário se possuir interesse de agir, tanto o constituinte, quanto o legislador, a doutrina e a jurisprudência se direcionam para o mesmo ponto, qual seja: o de que o autor deve demonstrar a existência de ameaça ou lesão a direito seu (interesse-utilidade) e que tentou resolver, consensualmente, o conflito ou que ele não é passível de solução consensual (interesse-necessidade).

Com isso, estabelece-se, aqui, a conclusão de que fixando que a norma que obriga a prévia tentativa de conciliação tem a natureza processual de um dos requisitos para o exercício do acesso à justiça, a saber, o interesse-necessidade. Além disso, como tal requisito é uma decorrência da proposta constitucional de um Estado Democrático e que doutrina, jurisprudência e legislador consideram se tratar de um requisito legítimo, pode-se concluir, também, que a norma processual é constitucional.

2.4 A POLITICA NACIONAL DE RESOLUÇÃO ADEQUADA DOS CONFLITOS DE INTERESSE NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO

Consta na exposição de motivos da Comissão que elaborou o CPC/2015 que a introdução da obrigatoriedade da audiência de conciliação ou mediação no CPC/2015 foi retirada das reformas do Direito Processo Civil Alemão ocorridas no final do século XIX, com o fim de reduzir o tempo de duração do processo. Além da Alemanha, países como França, Estados Unidos da América, Portugal e Japão, por exemplo, também praticam a conciliação há algum tempo, tendo o resultado se mostrado bastante eficaz na resolução de conflitos (CAVALCANTE, 2013).

O artigo 161 da Constituição brasileira de 1824, assim preconizava: “sem se fazer constar, que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará Processo algum.” O Decreto número 737, de 25 de novembro de 1850, em seu artigo 23 ditava que: “nenhuma causa comercial será proposta em juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio de conciliação, ou por ato judicial, ou por comparecimento voluntário das partes”.

Portanto, apesar de denominada de “novidade”, a introdução dos meios alternativos de solução de litígios, é um ressurgimento de uma técnica antiga que por muito tempo não foi devidamente utilizada, nem prevista em princípio legiferante, vindo agora em plena modernidade, obrigada por lei a ser aplicada com base em princípios constitucionais e em tempos de *neopositivismo*.

Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite (2013, p.752-753), os beneficiários da conciliação são as partes, o Judiciário e o País. As partes se beneficiam com a conciliação porque ganham mais autonomia para decidir qual a melhor solução, para o seu caso, mais agilidade e eficiência na resposta do conflito, economia de tempo e de dinheiro e não há vencidos. O Judiciário também se beneficia com a conciliação pois ganha em rapidez, pacificação social e diminuição dos processos em tramitação. E o País, porque ganha uma sociedade menos beligerante e mais pacífica.

O Conselho Nacional de Justiça contribuiu, decisivamente, para a difusão das práticas autocompositivas no âmbito do Poder Judiciário, ao promover ações como o Movimento Nacional pela Conciliação e instituir, via Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010, uma “Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário”.

A referida Resolução estabelece diretrizes e atribuições, para o CNJ e tribunais, voltadas para a sistematização, qualificação e difusão das práticas autocompositivas no Brasil. Trata-se de um importante instrumento de estímulo a uma mudança comportamental de toda a sociedade brasileira, inclusive dos operadores do direito, que prestigia a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça mediante tutela ou prestação adequada, efetiva e tempestiva.

A Política Pública Nacional instituída pela Resolução 125/2010 tem por objetivo a divulgação e utilização dos métodos consensuais de solução de conflitos, como a conciliação e a mediação, no âmbito do Poder Judiciário e sob a fiscalização deste, com o fim de atingir a pacificação social, por meio de um “acesso à ordem jurídica justa”, conforme ensinado por Kazuo Watanabe. Desse modo, os objetivos da Resolução 125/2010 são: 1) efetivação do acesso à justiça mediante emprego de métodos adequados às particularidades de cada caso concreto; 2) mudança da mentalidade dos operadores do Direito e de toda a comunidade, a fim de que se torne uma “comunidade de princípios”, conforme ensinado por Ronald Dworkin, em uma verdadeira democracia participativa e 3) capacitação dos conciliadores e mediadores, com o fim de que se tornem aptos a atuar de forma técnica.

A Resolução 125/2010 prevê que a gerência do processo seja conduzida pelo magistrado com a utilização dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), que são unidades do Poder Judiciário onde são realizadas sessões de autocomposição por conciliadores e mediadores, além do atendimento aos portadores de dúvidas e problemas jurídicos, na forma preconizada pelo artigo 8º da Resolução.

De acordo com a Resolução 125/2010, compete aos tribunais criar seus Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução Consensual de Conflitos (NUPEMECs), compostos por magistrados da ativa e aposentados e servidores e responsáveis pela instalação e fiscalização dos Cejuscs, onde atuam os conciliadores, facilitadores e os servidores do Judiciário.

O NUPEMEC tem a função de planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as condições previstas na Resolução 125/2010, atuando, inclusive na interlocução com outros tribunais, entidades públicas e privadas, inclusive instituições de ensino, Ordem dos Advogados do Brasil, Defensoria Pública, Ministério Público e Poder Executivo. Também cabe ao NUPEMEC: promover a capacitação permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores, por meio de realização de cursos e seminários; criar e manter cadastro unificado de conciliadores e mediadores; regulamentar a remuneração de conciliadores e mediadores.

O Código de Processo Civil de 2015 estipula, em seu artigo 167, § 1º, que cabe ao CNJ, em conjunto com o Ministério da Justiça, definir “parâmetro curricular” para os cursos de capacitação de conciliadores e mediadores. Esses cursos de capacitação devem ser compostos de dois módulos, um teórico e um prático. Nos módulos teóricos, além de um conteúdo programático mínimo, são obrigatórias seis obras, sendo três obras relativas a manuais e livros-textos, e outras três de caráter doutrinário, tais como Harward-Negocial, Transformativa-Reflexiva e Transformativa. Nos módulos práticos, são iniciados os estágios supervisionados, colocando-se em prática a teoria já ensinada.

A Política Nacional instituída pela Resolução inspirou o legislador do CPC/2015, que confere ao estímulo à autocomposição status de norma fundamental (art. 3º, §3º), tornando obrigatória a realização da audiência de conciliação ou mediação antes do oferecimento da defesa pelo réu (art. 334).

2.5 O SISTEMA MULTIPORTAS COMO POLÍTICA PÚBLICA FONTAL

O Sistema Multiportas de Solução de Conflitos (*Multi-door Couthouse*) surgiu na década de 70, surgiu uma experiência norte-americana assim relatada por Ricardo Goretti (2015, p. 108):

A proposição de um sistema multiportas de gestão adequada de conflitos surgiu da inquietação de Frank Sander (2010, p.1-2) quanto ao crescimento das taxas de litigiosidade nos Estados Unidos da América, em meados da década de 70; um problema que, segundo ele, exigiria a tomada de medidas diversificadas, tais como: i) a realização de alterações no direito substantivo, com a retirada do caráter sancionatório de certas condutas no âmbito criminal e a adoção do princípio da não culpabilidade no caso de acidentes automotivos; ii) uma maior ênfase ao direito preventivo, como forma de prevenção ao surgimento de conflitos; iii) a difusão de meios alternativos de resolução de conflitos no âmbito extrajudicial, visando à redução da sobrecarga judicial.

O Sistema Multiportas se enquadra perfeitamente em uma das “ondas renovatórias” ensinadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que são usadas para a simplificação dos procedimentos de direito processual e material e constitui-se em uma forma de organização judiciária na qual o Poder Judiciário funciona como um centro de escolha de procedimentos para cada disputa, onde a população será direcionada para a

melhor forma de dirimir a controvérsia por meio de uma triagem pré-processual, realizada por funcionários capacitados. A proposta do Sistema é a seguinte: onde só existia uma “porta”, que seria a do processo judicial, passem a existir várias “portas”, cabendo a cada indivíduo a escolha da que melhor se adequa ao seu caso.

O papel do magistrado, no Sistema Multiportas, é modificado, pois passa de “juiz de processos” para “gestor de conflitos” e agente transformador da sociedade, fiscalizando os facilitadores, atuando como conhecedor dos diversos métodos de solução de conflitos existentes para a escolha do procedimento correto para o caso em análise, sempre visando a pacificação social, contribuindo para a mudança de mentalidade da “cultura da sentença” para “cultura da pacificação”.

O Sistema proporciona um leque de opções disponíveis para a solução do conflito, havendo vários procedimentos diferentes que podem ser escolhidos pelo cidadão para resolução da controvérsia, em complementariedade com a opção da “cultura da sentença”.

Dentre os critérios de facilitação da escolha do método mais adequado mencionados por Frank Sander (2010, p.7-14), destacam-se: *i)* a natureza do conflito; *ii)* a relação entre os sujeitos em conflito, considerando-se a mediação como o método mais adequado de gestão de conflitos entre sujeitos que apresentem relações continuadas ou duradouras; *iii)* o valor do bem da vida em discussão e os custos inerentes ao processamento do método que se pretenda utilizar, considerando que os gastos inerentes ao processamento podem ser proibitivos; e o grau de celeridade exigido no processo de administração de controvérsia (GORETTI, 2015, p. 108-109).

Quanto mais amplas forem as opções de métodos de solução de conflitos disponíveis, maiores serão as possibilidades de efetivação do direito fundamental de acesso à justiça por vias adequadas às particularidades de cada caso concreto.

2.6 A OBRIGATORIEDADE DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO

O CPC/2015 resultou de um Ato (nº 379 de 2009), quando o então Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, constituiu uma Comissão de Juristas, sob a direção do Ministro Luiz Fux, para elaboração do anteprojeto do Código.

Superado o período de vacância, o CPC/2015 entrou em vigor em 17 de março de 2016, com a clara meta de garantir o mais amplo acesso à justiça e modernização dos atos processuais a partir dos princípios democráticos, potencializando a simplificação atos processuais.

Entre as várias mudanças trazidas pelo CPC/2015, destaca-se a obrigatoriedade de que se realize incidentalmente a audiência de conciliação antes de que o Poder Judiciário imponha, em substituição à vontade das partes, a sua solução ao caso concreto.

Depreende-se que a obrigatoriedade da tentativa incidental de conciliação é um dos institutos processuais que o CPC/2015 contemplou para amenizar os efeitos produzidos pelo acúmulo de processos e pela morosidade que decorrem, em grande medida, da judicialização excessiva. O estímulo à autocomposição prestigia efetivação do direito fundamental de acesso à justiça por ato de autonomia das partes, aproximando-se da solução proposta por Dworkin em sua teoria do direito como integridade, tanto no que se refere ao papel dos magistrados, quanto na maneira como as partes devem ser comportar.

Uma mudança normativa dessa natureza não se torna concreta e efetiva sem a conjugação de elementos complexos de natureza orçamentária e cultural. No plano orçamentário, exige-se investimentos na estruturação dos Cejuscs e na capacitação de conciliadores para o exercício técnico das suas funções, nos termos preconizados pela Resolução nº 125/2010 do CNJ. No plano cultural, desafiadora é a mobilização dos atores do Sistema de Justiça e, principalmente, dos jurisdicionados, na concretização das práticas de estímulo à cooperação entre as partes do processo.

Boaventura de Sousa Santos (1985, p. 33) traz uma ideia de cooperação que serve ao presente trabalho: “um processo social de aprendizagem recíproca, de partilha de informações, de troca de experiências e de busca participada e tecnicamente assistida de soluções novas para ambas as partes envolvidas”. A adaptação dessa ideia à questão processual, ora desenvolvida, permite afirmar que “as partes devem cooperar de modo a que a tutela jurisdicional seja entregue de maneira efetiva, sem que existam

diligências aptas a ocasionar procrastinação processual desnecessária” (GOMES, 2015, p. 963).

A cooperação que está intrinsecamente ligada ao instituto da conciliação, tanto no âmbito judicial (processual) quanto no âmbito extrajudicial (em geral, pré-processual), contribui para que sejam gerados resultados justos, sem que, necessariamente, se dependa da Justiça ou de uma imposição a partir dela. E vai além, ao permitir que as partes resolvam, sozinhas, em benefício mútuo, ou seja, com reciprocidade, os seus conflitos. Portanto, o princípio da cooperação implica a que todos os envolvidos, incluindo partes, magistrados e advogados, participem conjuntamente e ativamente no trabalho, visando a composição do litígio.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do constitucionalismo democrático do mundo ocidental e foi estipulado pela Constituição Federal de 1988, não podendo haver no ordenamento jurídico brasileiro, nenhuma norma que viole o princípio constitucional da dignidade humana. A autonomia, que integra o conteúdo da dignidade, juntamente com o valor da pessoa humana e valor comunitário, foi muito privilegiada no CPC/2015, sendo o elemento ético da dignidade e envolve a capacidade de autodeterminação do indivíduo, de decidir os rumos da própria vida e de se desenvolver livremente a sua personalidade. No plano jurídico, a autonomia se relaciona com o direito de cada um participar politicamente e de influenciar o processo de tomada de decisões, não apenas do ponto de vista eleitoral, mas também por meio do debate público e da organização social (BARROSO, 2015, p. 287-288).

A Professora Elda Coelho de Azevedo Bussinguer, na apresentação do livro do Professor Ricardo Goretti (2016, p. 11), explicita:

Transferir ao juiz, sempre, o poder decisório sobre nossas vidas é abrir mão da nossa autonomia, tão duramente conquistada. É como reconhecer nossa incapacidade de buscar soluções para os problemas mais simples da vida, antes decididos com a ajuda de amigos e daqueles que, em nos conhecendo, mais facilmente identificam nossos sistemas de crenças, nossos limites afetivos e nossas potencialidades de superação.

Nesse sentido, a norma que estabelece o dever de tentar conciliar não ofende os princípios da autonomia da vontade e da voluntariedade. Isso pelo fato de que tais princípios não são absolutos, cedendo diante do entendimento, que é aqui adotado (e defendido no capítulo terceiro), de que a tentativa de conciliação, enquanto previsto pela ordem jurídica brasileira, compõe um dos requisitos para ajuizar demandas, qual seja: o interesse de agir. A propósito, a violação dos princípios da autonomia da vontade e da voluntariedade ocorre no caso de haver a imposição, por um terceiro imparcial (o magistrado), de uma solução para o caso, a qual muito provavelmente não agrada uma das partes. Assim, quando o sistema jurídico impõe como dever de tentar a conciliação, ele nada mais faz do que trabalhar com a ideia de que a obtenção de acordo é mais eficiente, pois pressupõe “protagonistas conscientes de suas responsabilidades”, isto é, “reflete a capacidade de cada qual escolher o que é melhor para si” (NALINI, 2017, p. 29).

A tentativa de conciliar procura priorizar a autonomia da vontade e a voluntariedade, deixando, como última possibilidade, a exclusão de ambas, diante da imperatividade da solução judicial, a qual substitui a vontade das partes pela vontade do Estado.

Por um lado, é uma obrigação no sentido de que se o magistrado determinar que se realize a audiência de conciliação antes da apresentação da defesa e ao menos uma das partes não comparecer, a ela será aplicada uma sanção jurídica, que poderá ser processual (artigo 51, inciso I, da Lei 9.099/1995: extinção do processo sem resolução do mérito) e/ou ser pecuniária (§ 8º do artigo 334 do CPC/2015: multa de até 2% do valor da causa ou da vantagem econômica pretendida), revertida em favor da União ou do Estado.

Rafael Simoni (2011, p. 209), citando Dworkin, argumenta que “a introdução das questões de princípio no âmbito do direito transforma o próprio sentido do dever jurídico”, que não se restringe mais a uma mera questão de subsunção, mas de princípios, em que se busca a resposta adequada, e não a resposta correta. O reconhecimento dos princípios como espécie de norma é suficiente para que se abandone uma visão estritamente positivista do Direito e se adote a concepção hermenêutica, que vê o direito não apenas a partir dos textos jurídicos, mas também a partir de “convicções morais importantes e coerentes tanto com a história jurídica do

passado quanto com o projeto político do futuro da comunidade”. É o que, aliás, Dworkin propõe como leitura moral do direito.

Ao elevar o estímulo à conciliação ao patamar de norma fundamental do processo civil, o CPC/2015 impõe um novo padrão de pacificação, transformando a conduta de *tentar conciliar* de poder-dever do magistrado, como decorria do CPC/73, em uma obrigação do processo civil.

Parte-se, então, da ideia, lançada por Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 15), de que “os paradigmas socioculturais nascem, desenvolvem-se e morrem”, mas essa morte não significa o fim de sua linhagem, já que “a morte de um dado paradigma traz dentro de si o paradigma que lhe há de suceder”; nem também significa que com a morte se encerra sua contribuição para a sociedade, já que “só muitos anos, senão mesmo séculos, depois da morte de um paradigma sociocultural é possível afirmar com segurança que morreu e determinar a data, sempre aproximada, de sua morte”.

A ideia de Boaventura de Sousa Santos vem a calhar, porque ela expressa exatamente o processo pelo qual passa o novo padrão proposto pelo CPC/2015. Desta feita, a mudança entre padrões é sempre dolorosa e demorada, e, como destacado pelo professor português, é silenciosa e os seus resultados são difíceis de serem visualizados em poucos anos. Caso se considere que o CPC/2015 está entrando apenas em seu quarto ano de vigência, pode-se dizer que, o padrão da não litigância ainda demorará a ser percebido como uma realidade que traz resultados palpáveis e efetivos para a concretização do acesso à justiça.

Isso acontece basicamente com todas as novidades ou com todas as novas roupagens que se pretenda conferir a institutos já existentes. Por exemplo, André Filipe Pereira Reid dos Santos (2011, p. 25), ao discorrer sobre o campo da sociologia das profissões, assim se manifestou: “Quando aparece uma nova instituição ou um novo campo científico, nem sempre se tem, imediatamente, a dimensão do que está surgindo e nunca se sabe aonde as mudanças produzidas vão nos levar”. Ou, nas palavras de Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 186), o processo de transição paradigmática é longo e se caracteriza “por uma suspensão ‘anormal’ das determinações sociais que dá origem a novos perigos, riscos e inseguranças, mas

que também aumenta as oportunidades para a inovação, a criatividade e a opção moral”.

De todo modo, essa realidade não pode ser utilizada como desculpa para que se abandone o enfrentamento do tema. É que o desafio que qualifica a sua discussão está justamente em melhorá-lo, em implementá-lo enquanto se dá a transição.

O fato de a participação e a solidariedade terem sido pouco influenciadas ou pouco usadas pelo padrão dominante é que permite o desenvolvimento da perspectiva da cooperação, dentro do padrão emergente, como uma das faces do acesso à justiça.

Portanto, na fase inicial, que se poderia chamar de fase de transição de padrão, em que o padrão dominante ainda é presente, mas o emergente já se faz ser percebido, depende de uma imposição. É dizer, o ato de conciliar deve partir de uma determinação jurídica que force as partes a pelo menos tentarem conciliar. Em seguida, as demais fases, mais avançadas, cuidariam da acomodação do padrão, com a absorção pela sociedade do compromisso de conciliar, a fim de que se concretize a emancipação social, isto é, com o objetivo de que as partes, para resolver suas questões intersubjetivas, recorram ao Poder Judiciário apenas como meio alternativo, e não principal, de chegar a um resultado.

O Relatório da Justiça em Números de 2018, do Conselho Nacional de Justiça indica que houve estabilidade no índice de conciliação entre os anos de 2015, 2016 e 2017, que ficaram em torno de 17%. Podemos, através da análise do referido Relatório, extrair, que não foram alcançados os resultados esperados. Contudo, o que verifica é que o estágio em que claramente se encontra o direito brasileiro, ao menos nesse campo, é o da transição paradigmática, que, como defende Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 343), baseia-se fundamentalmente na experimentação social de alternativas de sociabilidade, decorrentes de um inconformismo gerado diante da vigência do paradigma dominante. No caso específico do acesso à justiça, o inconformismo é com o excesso de judicialização, o que acarreta a sobrecarga de trabalho e conseqüente demora do Judiciário em resolver todo o tipo de demanda, das mais complexas às mais simples.

Segundo Elda Coelho de Azevedo Bussinguer (2014), a:

[...] extrajudicialização só muito recentemente passou a fazer parte do debate acadêmico, configurando-se como uma possibilidade concreta e possível no escopo das estratégias que objetivam a ampliação do acesso à justiça. O certo é que estamos apenas começando este debate.

É diante disso que se desenvolve a tentativa de conciliar, como uma face do acesso à justiça e a forma mais coerente de participação efetiva das partes para resolução do conflito. A questão que permanece, contudo é, a obrigatoriedade da tentativa de conciliar previamente à formação do processo afeta o acesso à justiça da perspectiva do autor da ação, ou contribui para o seu melhor exercício? A resposta será dada no próximo capítulo.

2.7 OS LIMITES DECORRENTES DA ESTRUTURA ATUAL DO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO E SEUS REFLEXOS NO (DES)CUMPRIMENTO DAS EXIGÊNCIAS IMPOSTAS PELA POLÍTICA

A Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, instituída pela Resolução 125/2010 do CNJ, trouxe em seu bojo uma nova perspectiva para a sociedade em geral e para sua implementação é necessário que tenhamos uma visão crítica desta forma de concretização de direitos. Sendo assim, é essencial compreender o direito fundamental de acesso à justiça e seus desdobramentos, como fizemos no primeiro capítulo, para se entender a verdadeira importância dos mecanismos amigáveis de solução de conflitos e como concretizá-los na prática.

Tendo em vista o excesso de judicialização, conforme já vimos no primeiro capítulo, vivemos tempo de crise da Justiça e devemos pensar em alternativas para sairmos da crise. A crise da Justiça exige que se pense em orçamento do Judiciário, investimentos em informatização e estrutura física, plano de carreira para servidores e facilitadores (conciliadores e mediadores) e estabelecimentos de metas.

A palavra “crise”, em geral, tem um significado negativo de que algo ruim está acontecendo, mas Zygmunt Bauman, citado por Ricardo Goretti (2015, p. 37) dispõe

que crise também significa que atitudes precisam ser tomadas em um momento desafiador.

O estado de crise, tal como descrito por Zygmunt Bauman (2000, p.145), deve ser concebido como uma situação desafiadora, carregada de incertezas, na qual “[...] as ações rotineiras já não produzem mais os resultados com que nos acostumamos no passado.” O termo crise deve, assim, ser empregado para indicar um momento de tomada de decisões e mudanças, que podem ser positivas ou negativas. (GORETTI, 2015, p. 37)

A adoção dos mecanismos alternativos de solução de conflitos pelo Poder Judiciário não deverá solucionar inteiramente a crise da Justiça, que vive hoje uma sobrecarga de trabalho sem precedentes. O mais importante objetivo da implementação dos meios alternativos de solução de conflitos é a pacificação social e ampliação do direito fundamental de acesso à justiça. Entretanto, apesar de não ser a resposta adequada para a crise da Justiça, a implementação dos meios alternativos de solução amigável de conflitos gerará, conseqüentemente e naturalmente, a diminuição do número de processos em tramitação no Brasil.

Em primeiro lugar, para a capacitação dos facilitadores, não há que se copiar sistematicamente o padrão de capacitação de outros países, uma vez que devemos construir um modelo próprio com nossas peculiaridades, levando-se em conta toda a nossa brasilidade, a fim de construirmos nosso modo de aplicação dos mecanismos alternativos de solução de conflitos, não existindo atualmente um método ideal e sim “parâmetros curriculares” e carga horária mínima para a capacitação.

A capacitação dos conciliadores é fundamental para que as partes sejam eficientemente atendidas e se sintam satisfeitas com suas escolhas procedimentais, bem como para que seja afastado o amadorismo na atividade conciliatória. Ademais os magistrados brasileiros, devido à sobrecarga de trabalho, não têm tempo e as vezes até vocação para se dedicarem à conciliação, o que exige aplicação de recursos para sua concretização.

Outro entrave para implementação da Política Pública instituída pela Resolução 125/2010 do CNJ é a remuneração dos conciliadores e mediadores.

Segundo Relatório Justiça em Números 2019, do Conselho Nacional de Justiça, quanto ao orçamento do Judiciário, as despesas com recursos humanos (R\$ 85,1 bilhões) correspondem a 90,85% do total de despesas do Judiciário em 2018 (R\$ 93,7 bilhões). As despesas com recursos humanos compreendem: remuneração de juízes, servidores, inativos, terceirizados e estagiários.

Diante de tais dados orçamentários, verifica-se que é com bastante engajamento dos membros do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo que os CEJUSCs estão sendo implementados, posto que existem 12 (doze) CEJUSCs em funcionamento no Estado do Espírito Santo, sendo o primeiro implementado em 2013, e funciona na cidade de Vila Velha-ES, na Grande Vitória e hoje se dedica à Justiça Restaurativa.

A Justiça Estadual, segundo o mesmo Relatório, é responsável por 80% dos processos do Poder Judiciário e teve uma despesa correspondente a 57% do total, o que caracteriza o grande número de ações judiciais. A Justiça Federal abrange 13% dos processos e 12% das despesas. A Justiça do Trabalho abrange 6% dos processos e 20% das despesas. Portanto, é preciso equacionar essas contas de maneira que o Judiciário Estadual obtenha maiores recursos por ser a justiça mais demandada no Brasil.

A sobrecarga de trabalho no Poder Judiciário impressiona. Em 2018, o Judiciário recebeu 28,1 milhões de casos novos. Inobstante a este montante, o número de processos baixados no Judiciário (31,9 milhões) foi maior do que o volume de casos novos (28,1 milhões). O índice de atendimento à demanda (IAD), foi portanto, de 113,7%, ou seja, foram solucionados 13,7% processos a mais do que o número de casos novos. Trata-se do melhor resultado em 10 anos. O crescimento da contratação de estagiários, nos últimos 10 anos, cresceu em 81,7% no Poder Judiciário.

Segundo Ricardo Goretti (2015, p.294):

O volume de demandas processadas no âmbito do Poder Judiciário, somado ao progressivo crescimento das taxas de judicialização e congestionamento, não acompanhada pela capacidade de julgamento de juízes e tribunais, revela que vivemos uma profunda e aparentemente irreversível crise de administração da justiça. Ocorre que mais importante do que a percepção do fenômeno em questão é a identificação das origens dessa cultura de

utilização do processo como via primária de resolução de conflitos, que contraria o caráter secundário da jurisdição.

Outro grande problema enfrentado é cultural. Fomos educados para litigar. Não nascemos para o diálogo. A mudança comportamental está acontecendo agora, diante de tanta briga e processos. A regra, atualmente, é resolver o conflito na sua causa (sociológico) e não na sua consequência (funcional). Existe uma necessidade de um novo comportamento de uma “sociedade de princípios”, ensinada por Ronald Dworkin, onde a resposta a controvérsia deve ser encontrada por meio do diálogo e pelas próprias partes.

3 DA POLÍTICA DE RESOLUÇÃO ADEQUADA DE CONFLITOS DE INTERESSES NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO DO ESPÍRITO SANTO: IMPLEMENTAÇÃO, DIFICULDADES E CAMINHOS POSSÍVEIS DE EFETIVAÇÃO

3.1 O PROCESSO DE IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA NO ÂMBITO DO TJES

O Código de Processo Civil de 2015 instituiu o modelo multiportas de resolução de disputas. Trata-se de uma verdadeira mudança no funcionamento do sistema de justiça civil brasileiro que requer mudança na estrutura funcional e física dos fóruns brasileiros, como acontece no estado do Espírito Santo. Há um longo caminho a ser percorrido e grandes são os desafios. Para tanto, é imprescindível que haja a criação de espaços adequados para que as partes sejam protagonistas na resolução da controvérsia, pois deve ser criado um modelo de estrutura onde as partes detêm maior autonomia em suas escolhas.

A audiência de conciliação deve ser realizada em um centro judiciário de solução consensual de conflito e não na vara ou serventia judicial, pois o ambiente deve ser informal a fim de que todos se sintam confortáveis para o diálogo em um modelo verdadeiramente democrático e participativo. Este centro pode ser mantido pelo Poder Judiciário ou pertencer a uma instituição privada, como por exemplo, uma faculdade de direito. O mais importante é que este espaço seja um espaço dialético com o objetivo de estimular a resolução consensual da controvérsia pelos próprios envolvidos.

Mauro Cappelletti e Bryant Gath enfatizam que: “Sem dúvida, uma verdadeira “revolução” está se desenvolvendo dentro do processo civil.” (1988, p.49) e prosseguem: “O enfoque do acesso à Justiça tem um número imenso de implicações. Poder-se-ia dizer que ele exige nada menos que o estudo crítico e reforma de todo o aparelho judicial.” (1988, p. 75).

Desse modo, para aproximarmos a população do sistema multiportas devemos implementar a estrutura funcional e operacional do Tribunais pátrios, criando espaços confortáveis e informais de centros de soluções adequadas de conflitos. Mauro Cappelletti e Bryant Gath ensinam que: “Nosso Direito é frequentemente complicado

e, se não em todas, pelo menos na parte das áreas, ainda permanecerá assim. Precisamos reconhecer, porém, que ainda subsistem amplos setores nos quais a simplificação é tanto desejável quanto possível (381). Se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns.” (1988, p. 156).

Nesta perspectiva, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo possui doze Cejuscs. O primeiro foi instalado em 2013 e hoje é voltado para práticas Justiça Restaurativa, conforme Ato Normativo Nº 007/2019, disponível em 22/01/2019.

O segundo Cejusc foi criado pelo Ato Normativo nº 030/2016, disponível em 03/03/2016 e se encontra na cidade de Colatina.

O terceiro Cejusc é itinerante, foi criado pela Resolução nº 14/2016, disponível em 13/07/2016 e faz parte da justiça comunitária de Vitória.

O quarto Cejusc atua em segundo grau de jurisdição e foi criado pelo Ato Normativo Nº 089/2016, disponível em 27/07/2016.

O quinto Cejusc foi criado pelo Ato Normativo nº 119/2016, disponível em 26/10/2016 e funciona em Bom Jesus do Norte.

O sexto Cejusc fica localizado em Cachoeiro de Itapemirim e foi criado pelo Ato Normativo nº 120/2016, disponível em 04/11/2016.

O sétimo Cejusc funciona em Cariacica e foi criado pelo Ato Normativo nº 121/2016, atendendo, além de Cariacica os Juízos de Direito de Santa Leopoldina, Viana, Domingos Martins, Santa Maria de Jetibá e Marechal Floriano, pelo Ato Normativo nº 211/2017, disponível em 07/12/2017.

O oitavo Cejusc foi criado pelo Ato Normativo nº 053/2017, disponível em 12/05/2017 e funciona em Vila Velha.

O nono Cejusc foi criado pelo Ato Normativo nº 131/2017, disponível em 25/09/2017 e funciona em Linhares.

O décimo Cejusc foi criado pelo Ato Normativo nº 047/2018, disponível em 26/02/2018 e funciona em São Mateus.

O décimo primeiro Cejusc funciona na Serra e foi criado pelo Ato Normativo nº 066/2018, disponível em 27/03/2018.

O décimo segundo Cejusc funciona em Vitória e foi criado pelo Ato Normativo nº 154/2018, disponível em 13/09/2018.

Diante deste quadro, verificamos que o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo busca se adequar às exigências estabelecidas pela Política instituída pela Res. 125/2010 do CNJ, que foram incorporadas pelo legislador do CPC/2015 com o objetivo de concretizar a dinâmica dos meios alternativos de solução amigável de conflitos.

Nestas perspectivas,

Nossas sociedades modernas, como assinalamos, avançaram, nos últimos anos, no sentido de prover mais direitos substantivos aos relativamente fracos – em particular, aos consumidores contra os comerciantes, ao público contra os poluidores, aos locatários contra os locadores, aos empregados contra os empregadores (e os sindicatos) e aos cidadãos contra os governos. Embora reconhecessemos que esses novos direitos precisam de maior desenvolvimento legislativo substancial, os reformadores processualistas aceitaram o desafio de tornar efetivos os novos direitos que foram conquistados. (CAPPELLETTI, 1988, p. 91)

Portanto e diante do cenário jurídico atual, o Poder Judiciário mais do que nunca, deve monitorar a implementação das novas regras impostas pelo Código de Processo Civil de 2015 fazendo uma análise com base na coerência e integridade do Direito ensinada por Dworkin. Desse modo, seriam pensados também nos limites e parâmetros a serem observados, através da abertura principiológica no âmbito do direito constitucional, por meio de princípios como equidade, justiça e devido processo legal adjetivo, levando-se em conta que as convicções políticas são escolhidas pela própria comunidade de princípios e para a referida comunidade.

Segundo o Relatório Justiça em Números 2019, no final de 2018, foram instalados na Justiça Estadual, 1.088 Cejuscs, o que demonstra um crescimento considerável nos

números de Cejuscs instalados no Brasil. De acordo com o referido Relatório, o crescimento desta estrutura foi de 80,7%, pois existiam 362 Cejuscs em 2014 e, ao final de 2018, 1.088.

Comparando-se o número de Cejuscs instalados, por tribunal, verificamos que o Estado do Espírito Santo é um dos estados com menor número de Cejuscs, igualando-se ao TJSE, que também possui 12 CEJUSCs. Na região sudeste, o TJSP é o tribunal com maior número de CEJUSCs instalados, qual seja, 224. O TJMG é o segundo com 143 CEJUSCs. O TJRJ tem 35 CEJUSCs e o TJES possui 12 CEJUSCs. O TJSP é o tribunal com maior número de CEJUSCs no Brasil (224) e o TJAL é o tribunal com menor número de CEJUSCs no Brasil (01).

3.2 DIFICULDADES ENFRENTADAS PELO TJES PARA IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA

Para enfrentamento dos problemas surgidos para implementação das novidades trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo instituiu uma Comissão de estudos sobre os principais reflexos normativos, estruturais e operacionais do novo Código de Processo Civil no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo, no 1º e 2º graus de jurisdição.

Os desafios para implementação da obrigatoriedade da audiência de conciliação estão todos inter-relacionados, como por exemplo, a para criação de mais CEJUSCS, capacitação de servidores e mudança comportamental. Ademais, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, as alterações previstas foram todas baseadas no direito com integridade, através de princípios elaborados pela própria comunidade, ou seja, deve-se oportunizar a que o indivíduo participe ativamente da construção da decisão final, já que é a própria comunidade, ao mesmo tempo, a autora e a destinatária das normas fundamentais processuais.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 29) discorrem que:

Finalmente, como fator complicador dos esforços para atacar as barreiras ao acesso, deve-se enfatizar que esses obstáculos não podem simplesmente ser eliminados um por um. Muitos problemas de acesso são inter-relacionados, e as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar barreiras para outro.” (1988, p. 29).

E ainda: “Um estudo sério do acesso à Justiça não pode negligenciar o inter-relacionamento entre as barreiras existentes” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 29).

A Comissão de estudos sobre os principais reflexos normativos, estruturais e operacionais do novo Código de Processo Civil no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo, no 1º e 2º graus de jurisdição foi instituída pelo Ato Normativo n. 170, de 17 de agosto de 2015, de lavra do Excelentíssimo Senhor Desembargador Sérgio Bizzoto Pessoa de Mendonça, então Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Vale ressaltar que o Relatório produzido pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo é um ato administrativo que teve seu objetivo de elaborar estudo sobre a situação fática da estrutura organizacional do Poder Judiciário Estadual no momento em que o CPC/2015 entrou em vigor e fazer suas considerações e recomendações, procurando ajudar na escolha do melhor caminho para implementação das medidas impostas pelo Novo Código de Processo Civil, não gerando direitos, nem tampouco, impondo obrigações, como as normas previstas no CPC/2015, apenas recomendando ações para a época em que foi elaborado, ficando a cargo de cada magistrado seguir ou não as recomendações ali inseridas.

Capítulo III do Relatório produzido pela Comissão, intitulado *Principais Impactos Sobre o Procedimento em Primeiro Grau de Jurisdição*, confere destaque ao tema objeto do presente estudo, no item de n. 12, intitulado *A audiência de mediação ou conciliação obrigatória*.

Consta no referido Relatório (TJES, 2015, p. 52) que a alteração estrutural de mais difícil implementação pelo Poder Judiciário brasileiro, em todos os níveis, seria a audiência de conciliação prevista na forma do artigo 334 do CPC/2015. A dificuldade foi justificada com o seguinte argumento:

Não se preocupou o legislador, todavia, em estipular um cronograma para a adaptação do Judiciário a tão profundas e impactantes alterações, tampouco se ateu ao vulto dos aportes financeiros necessários (sem os quais não se pode aproximar a realidade fática daquela programada – romântica e idealmente - no âmbito da norma). Para tal fim, é obviamente insuficiente o período da *vacatio legis*, inquestionavelmente curto ante a monta de transformações exigidas.

Mais adiante, a crítica ao curto espaço de tempo para a realização das exigências é renovada pela Comissão, que afirma: “[...] não se trata de reformas passíveis de serem implementadas da noite para o dia. (TJES, 2015, p. 53).

Entretanto, a *vacatio legis*, de fato, foi de um ano, mas as exigências não foram estabelecidas pelo CPC/2015. O CPC/2015 incorporou exigências que já haviam sido estabelecidas em 2010, pela Resolução 125 do CNJ. Portanto, há 5 anos atrás, o CNJ já havia determinado as condições para implementação dos métodos alternativos que o CPC/2015 complementou. Mas aqui não devemos somente considerar o prazo da *vacatio legis* e sim um prazo maior para mudança comportamental de toda sociedade que, por muito tempo, deixou de ter autonomia e entregava a um terceiro a solução de seus conflitos e esse tempo, o que pode levar décadas.

A Comissão responsável pela elaboração do Relatório reconhece a importância do cumprimento dos objetivos estabelecidos pela Política, ao promover o seguinte registro:

O ideal – pelas próprias características dos métodos autocompositivos e para sua máxima eficiência – é que as audiências de conciliação/mediação sejam feitas por profissionais especializados, diverso do magistrado, pois este haverá de julgar a demanda na hipótese de não se chegar a um bom termo. É preciso que as partes estejam bem a vontade perante o conciliador, expondo com abertura e franqueza seus argumentos, seus pontos de vista e suas ponderações, escudadas pelo princípio da confidencialidade (TJES, 2015, p. 51-52).

Quanto ao fato de que as audiências de conciliação/mediação sejam feitas por profissionais especializados, diverso do magistrado, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 96) enfatizam que:

Embora pesquisa empírica detalhada seja necessária para definir esse ponto, parece que o melhor método é o adotado pelo sistema muito eficiente que opera em Nova Iorque (174), onde o juiz que julga o caso não é o mesmo que tentou conciliá-lo (175). Isso evita que se obtenha a aquiescência das partes

apenas porque elas acreditam que o resultado será o mesmo depois do julgamento, ou ainda porque elas temem incorrer no ressentimento do juiz.

Portanto, para um resultado final exitoso, é necessário que a audiência de conciliação seja presidida por um profissional capacitado, diverso do magistrado. O Relatório ainda complementa:

Nota-se, por conseguinte, uma clara opção legislativa pela profissionalização e pelo aperfeiçoamento dos agentes conciliadores/ mediadores com os quais o Poder Judiciário haverá de contar, ao longo de toda a atuação cível em primeiro grau de jurisdição (TJES, 2015, 52).

As preocupações da Comissão com a estruturação dos Cejuscs e a capacitação de conciliadores e mediadores estão alinhadas com os preceitos estabelecidos pelo CPC/2015, notadamente as previsões contidas: no art. 125, *caput*, que evidencia a exigência de criação dos Cejuscs, como centros responsáveis pela realização das audiências de conciliação e mediação; no art. 125, §1º, que registra ser necessária observância das diretrizes estabelecidas pelo CNJ, na Resolução n. 125/2010; no art. 167, que confere destaque ao princípio da confidencialidade na conciliação e na mediação; no art. 167, §1º, que reforça a necessidade de capacitação mínima dos mediadores e conciliadores para o exercício de suas funções; no art. 334, §1º, que indica a obrigatoriedade da atuação de conciliador ou mediador, onde houver, nas audiências de conciliação ou mediação.

A capacitação dos mediadores e conciliadores é extremamente necessária para o êxito da implementação da política pública de estímulo à conciliação, a fim de que os servidores utilizem perfeitamente as técnicas disponíveis, pois qualquer demonstração de insegurança por parte dos mediadores e conciliadores pode, eventualmente, gerar descrédito nos envolvidos e refletir no descaso da técnica implementada. Desta feita, a preparação e qualificação dos profissionais que irão atuar no sistema multiportas são indispensáveis.

Além de toda a transformação estrutural exigida pela Política incorporada pelo CPC/2015, ainda há outro grande desafio: a transformação comportamental da sociedade e dos próprios profissionais do Direito, que pode levar anos ou décadas. A cultura do consenso é um dado a ser construído.

3.3 SUGESTÕES APRESENTADAS POR COMISSÃO DE ESTUDOS SOBRE OS PRINCIPAIS REFLEXOS NORMATIVOS, ESTRUTURAIS E OPERACIONAIS DO CPC/2015 NO TJES

Capítulo V do Relatório *Principais Impactos Sobre o Procedimento em Primeiro Grau de Jurisdição*, confere destaque ao tema objeto do presente estudo, no item de n. 18, intitulado *Rol de Recomendações* (TJES, 2015, p. 78).

Segundo Mauro Cappelletti e Bryan Garth, “Nossa tarefa deve consistir, com o auxílio de pesquisa empírica e interdisciplinar, não apenas em diagnosticar a necessidade de reformas, mas também cuidadosamente monitorar sua implementação.” (1988, p 162).

As recomendações realizadas pela Comissão serão pontuadas e falseadas na sequência, em conformidade com o método de pesquisa que orienta a presente pesquisa: o método hipotético-dedutivo de Karl R. Popper.

3.3.1 A formação de centrais regionais de conciliação/mediação ou a instalação de um módulo de conciliação/mediação por comarca

Considerando as dificuldades orçamentárias enfrentadas pelo TJES, a Comissão sugere, em um primeiro momento:

[...] a criação de centrais regionais de conciliação/mediação espalhadas estrategicamente pelas principais comarcas do interior, ou, alternativamente, a instalação de um módulo de conciliação/mediação por comarca, observadas as especificações por matéria (cível, família, etc.). (TJES, 2015, p. 78)

Ao sugerir a adoção dessas medidas, alternativamente, em um primeiro momento, a Comissão evidencia o caráter provisório das mesmas, até que o tribunal se adeque às exigências da Política.

Mauro Cappelletti e Bryan Garth mencionam que: “É evidente a necessidade de preservar os tribunais, mas também o é a de criar outros fóruns mais acessíveis” (1988, p. 91).

A sugestão de “criação de centrais regionais de conciliação/mediação espalhadas estrategicamente pelas principais comarcas do interior” está amparada pela legislação (Res. 125/2010 – art. 8º, §3º, §6º). As Centrais Regionais a que se refere o Relatório do TJES são os CEJUSCS que estão sendo implementados de forma gradativa, conforme afirmado anteriormente. Ademais,

[...] esse enfoque encoraja a exploração de uma *ampla variedade de reformas*, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou para profissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial (CAPPELLETTI, 1988, p. 71).

Quanto à sugestão de “instalação de um módulo de conciliação/mediação por comarca”, está amparada pela legislação, por meio do art. 165, 1º CPC.

3.3.2 O recrutamento e treinamento de voluntários

A Comissão também indica a “possibilidade de recrutamento e treinamento de voluntários (como magistrados e servidores aposentados, acadêmicos de direito participantes de programas de estágio obrigatório, etc.) para desempenho do *múnus*, a exemplo do que sucede com jurados e mesários” (TJES, 2015, p. 78).

Quanto à sugestão de “recrutamento e treinamento de voluntários”, verifica-se que o art. 167, §6º do CPC indica que o tribunal “pode optar” pela criação de quadro próprio de conciliadores/mediadores, portanto, não é uma imposição.

Mas uma política dessa envergadura não cumprirá seus objetivos com base em voluntariado, inclusive para o sucesso da referida política é necessário que os servidores sejam altamente capacitados a fim de que toda a sociedade seja bem

atendida e fique satisfeita. Ademais, um juiz aposentado teria disponibilidade para assumir a jornada pesada de trabalho? Por quanto tempo?

Por fim, vale ressaltar que estagiário conciliador pode até atuar como conciliador judicial, se for capaz, capacitado e inscrito. Mas um estagiário de direito não pode ser mediador judicial, se não for formado em outro curso superior, há pelo menos dois anos, nos termos do art. 11 da lei de mediação. Isto porque o mediador é comparado a um servidor público, nos termos do artigo 8º, da Lei 13.140/2015 e artigo 173 do CPC/2015.

Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988, p. 165) afirmaram que:

A abordagem de acesso à justiça tenta atacar essas barreiras de forma compreensiva, questionando o conjunto das instituições, procedimentos e pessoas que caracterizam nossos sistemas judiciários. O risco, no entanto, é que o uso de procedimentos rápidos e de pessoal com menor remuneração resulte num produto barato e de má qualidade. Esse risco não pode ser nunca esquecido.

Sugere-se no referido Relatório que o ideal é que as audiências de conciliação/mediação sejam feitas por profissionais especializados, diverso do magistrado, pois este haverá de julgar a demanda se não houver acordo, o que concordamos, razão pela qual foi determinado no próprio CPC/2015, artigo 165 que os tribunais devem criar centros judiciários de solução consensual de conflitos para realização de audiências de conciliação/mediação.

Tal assertiva tem a preocupação de que o juiz, na qualidade de conciliador, não se envolva muito com a questão que eventualmente pode estar sob sua jurisdição, adiantando, sem querer, suas convicções a respeito da matéria e comprometer um futuro impedimento.

3.3.3 O espelhamento da estrutura de estagiários conciliadores adotada nos Juizados Especiais

A Comissão também sugere o “espelhamento da estrutura de estagiários-conciliadores presente nos Juizados Especiais” (TJES, 2015, p. 78). Quanto a essa sugestão, o art. 169, §2º do CPC permite que o trabalho seja voluntário. O estagiário conciliador pode até atuar como conciliador judicial, se for capaz, capacitado e inscrito. Mas um estagiário de direito não pode ser mediador judicial, se não for formado em outro curso superior, há pelo menos dois anos, nos termos do art. 11 da lei de mediação.

A Lei 9.099/95, em seu artigo 7º, prevê que o conciliador seja preferencialmente bacharel em direito. Além do mais, a capacitação é de alta importância para a implementação da política trazida pela Resolução 125/2010, a fim de se evitar uma postura irregular dos conciliadores e o indesejável insucesso da política pública. Sendo assim, somente a formação jurídica e conhecimento da prática forense pode determinar uma gestão de conflitos judiciais exitosa.

3.3.4 A adaptação ou flexibilização procedimental

Finalmente, a Comissão sugere o que chamou de adaptação ou flexibilização procedimental, que assim foi colocada no Relatório (TJES, 2015, p. 78):

[...] até que sobrevenha o estado de coisas desejado pelo NCPC, é de considerar válida a adaptação ou flexibilização procedimental porventura realizado pelos magistrados capixabas, no sentido de citarem o requerido para oferecer resposta (não para comparecer a uma sessão de conciliação que não tenha a mínima condição de acontecer), nos termos da fundamentação expendida neste relatório.

Trícia Navarro Xavier Cabral (2019, p.82) enfatiza que:

A notícia que se tem do primeiro grau de jurisdição é a de que, em sua grande maioria, não se tem designado a audiência, com base em argumentos como a manifestação unilateral do autor pela falta de interesse na autocomposição, a ausência de estrutura do Judiciário, especialmente a falta de mediadores e conciliadores, a ofensa à duração razoável do processo, pelo uso da técnica da flexibilização procedimental, entre outras justificativas.

No item XXIII do rol recomendações, intitulado *Audiências de conciliação obrigatórias: necessidade de ato normativo que regulamente período de transição*, a Comissão

evidencia, de forma mais clara, a recomendação para que a Presidência do tribunal edite ato normativo que autorize que cada unidade judiciária dispense a audiência de conciliação/mediação. A recomendação assim foi formulada:

Recomenda-se ato normativo editado pela Presidência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, ao qual competirá definir as etapas de implementação da estrutura de conciliadores/mediadores necessária à plena aplicabilidade dos arts. 334 e seguintes do NCPC, autorizando, nesse ínterim, que cada unidade judiciária suprima o ato, à vista de suas peculiaridades e carências estruturais (TJES, 2015, p. 78).

Desse modo, a realidade fática é diferente da prevista em lei, em vários Tribunais da Federação, como é o caso do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, daí porque foi afastada a leitura fria da lei e interpretada a norma com flexibilização procedimental.

A flexibilização procedimental, defendida pelo Código de Processo Civil de 2015, encontra respaldo na teoria de integridade de Dworkin, pois a integridade tem por um dos objetivos a eficiência do direito e, conseqüentemente, da justiça, aumentando a coerência com o ordenamento jurídico, pois a comunidade é regida por princípios, com menos necessidade de regras, havendo assim, uma união entre moral e política dos cidadãos, através da cidadania que é exercida em alto grau.

Portanto, a relativização das normas fundamentais processuais, deve ser precedida de uma releitura do comando processual com proporcionalidade e adequação dos princípios jurídicos, a fim de que a finalidade da norma seja obtida, inobstante os limites práticos. Cito como exemplo o julgamento do Recurso Especial Nº 1.352.721/SP, do Ministro Napoleão Nunes, onde ficou decidido pelo STJ pelo afastamento de norma processual, a fim de privilegiar o acesso à justiça.

No Caso do TJES, aos poucos e diante dos limites apresentados, a audiência de conciliação está sendo implementada, com bastante dificuldade, o que pode levar meses e/ou anos/décadas, o que não pode e não deve ensejar a revogação do seu dispositivo, pelo seu desuso integral e sim um prazo maior para adaptações integrais.

Entretanto, a flexibilização procedimental somente é cabível nos termos no CPC/2015, com base nos artigos 139 e 190, que privilegiam sobretudo a cooperação e as convenções processuais, ratificando as mudanças procedimentais em prol do atingimento de seu objetivo, com base no princípio das instrumentalidades das formas.

Desse modo, e consoante entendimento doutrinário trazido por Trícia Navarro Xavier Cabral (2019, p. 81) quanto à audiência de conciliação:

O ato só poderá ser dispensado (art. 334, § 4º, I e II): a) se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; b) quando não se admitir autocomposição. Trata-se, pois, de um direito subjetivo processual do jurisdicionado ao uso desses métodos autocompositivos de solução de controvérsias, e não de ato de poder ou de gestão de magistrado. Daí porque não se pode concordar com a corrente doutrinária que defende que a falta de estrutura ou a “intuição” do juiz quanto à inviabilidade de acordo justificaria a dispensa da referida audiência. Em outros termos, a possibilidade de flexibilização procedimental ou a falta de estrutura judiciária não autorizam a supressão da audiência pelo magistrado, e não pode comprometer a finalidade legislativa e nem o exercício desse direito pelas partes.

Ainda segundo Trícia Navarro Xavier Cabral (2019, p.81),

[...] se as partes estipularem extrajudicialmente, por meio de instrumento público ou particular, uma pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, ou uma convenção processual para dispensar a audiência inicial de conciliação ou mediação, e, uma vez alegadas as referidas circunstâncias pelos interessados nos autos, deverá o juiz respeitar a manifestação de vontade indicada e não designar o ato.

Sendo assim, as normas fundamentais processuais não podem se tornar um obstáculo ao direito fundamental de acesso à justiça, razão pela qual não devem ser relativizadas diante das conjunturas específicas fáticas, em consonância com princípios constitucionais. Ademais, o artigo 3º, § 2º do CPC/2015 dita que “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, o que pode ser compreendido como *adiamento da aplicação das normas processuais fundamentais* processuais na fase de transição de um paradigma normativo, como é a fase atual. Isto ocorre porque um dos limites dos atos de disposição processual é o direito fundamental de acesso à justiça, por sua supremacia em relação aos outros direitos e o seu caráter principiológico. Além do mais, existe um núcleo essencial do direito fundamental que impede a flexibilização, de modo que este núcleo não pode ser

atingido, sob pena de se atingir a essência do próprio direito fundamental, e conseqüentemente causar a retirada do direito fundamental do cenário jurídico. Por fim, vale ressaltar que “o próprio processo representa um direito fundamental, sendo, como diz Igor Raatz ‘[...] sinônimo de garantia de liberdade individual frente ao poder estatal’” (CABRAL, 2019, p. 140).

3.4 CAMINHOS POSSÍVEIS DE EFETIVAÇÃO DA POLÍTICA NO ÂMBITO DO TJES

Diante de todas as implementações feitas até o momento, verificamos que existe um incentivo nacional aos métodos consensuais de solução de conflitos em busca da pacificação social, com o fim de alcançar um resultado que atenda a todas as partes, já que o conflito em sociedade complexa como a nossa, é inevitável. O que difere o método consensual do adversarial é a maturidade de toda comunidade, o que é ensinado por Dworkin, através de uma “comunidade de princípios”, onde as pessoas, por elas mesmas, conseguem definir o que seja correto e o melhor caminho para solucionar suas controvérsias.

Ocorre que a implementação das normas ditadas no Código de Processo Civil de 2015 e mesmo pela Resolução 125/2010 e Constituição Federal de 1988, esbarra em obstáculos orçamentários e de estrutura. Sendo assim e considerando a insuficiência de Cejuscs, a insuficiência de conciliadores capacitados e os riscos inerentes à realização da audiência pelo juiz responsável por julgar o processo caso o acordo não seja realizado, a melhor atitude a ser tomada agora é dar tempo ao tempo, pois estamos em uma fase de transição de uma “cultura da sentença” por uma “cultura da pacificação”.

Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988, p. 161) ensinam que:

O surgimento em tantos países do “enfoque do acesso à justiça” é uma razão para que se encare com otimismo a capacidade de nossos sistemas jurídicos modernos em atender às necessidades daqueles que, por tanto tempo, não tiveram possibilidade de reivindicar seus direitos. Reformas sofisticadas e inter-relacionadas, tais como as que caracterizam o sistema sueco de proteção ao consumidor, revelam o grande potencial dessa abordagem. O potencial, no entanto, precisa ser traduzido em realidade, mas não é fácil vencer a oposição tradicional à inovação. É necessário enfatizar que, embora

realizações notáveis já tenham sido alcançadas, ainda estamos apenas no começo. Muito trabalho resta a ser feito, para que os direitos das pessoas comuns sejam efetivamente respeitados.

A transformação da “cultura da sentença” pela “cultura da pacificação”, após a promulgação da Resolução 125/2010, está em processamento. Devemos esperar o aperfeiçoamento da correta implementação da Política Pública dos meios alternativos de solução amigável até venham os mesmos deixar de se chamarem de “alternativos” e passarem a ser chamados apenas de “meios de solução amigável de controvérsias”.

É necessária uma postura de engajamento para implementação correta dos meios de solução amigável por todos os operadores de direito para superar os desafios desta implementação. Neste sentido, os operadores do direito, integrantes de uma comunidade de princípios, deve monitorar a implementação das alterações normativas com base na virtude política da integridade do direito, construindo uma garantia contra a discricionariedade, já que a coerência e a integridade são vetores principiológicos do sistema jurídico atual brasileiro.

A instalação dos CEJUSCS exige recursos financeiros e muita criatividade, além de parcerias com Universidades, Faculdades, Defensoria Pública, Procon e outras instituições públicas e privadas e ainda apoio incondicional do CNJ, tendo em vista que esta não é uma tarefa fácil e demanda muito apoio e orientação.

Para o sucesso da implementação desta Política Pública, devemos capacitar corretamente todos os envolvidos na aplicação da referida Política, a fim de que se evite o amadorismo e o emprego dos procedimentos de forma incorreta, principalmente no aconselhamento das partes e emissão de opiniões pessoais, o que deve ser evitado. Deve-se proceder a formação específica de magistrados, estudantes de direito e servidores, inclusive voluntários para maior satisfação das partes que se beneficiarão do método a ser aplicado, através de cursos, congressos e seminários. Esta deve ser uma responsabilidade compartilhada com universidades e faculdades de direito.

Não há que se falar em revogação do artigo 334 do Código de Processo Civil de 2015, pois não existe inconstitucionalidade nele, já que o referido dispositivo não ofende o

princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, uma vez que a designação da audiência de conciliação deve surgir após a ação ser proposta e no momento do recebimento da inicial, não havendo obstáculo à propositura da ação.

Trícia Navarro Xavier Cabral (2019, p.82-83) alerta que:

De qualquer forma, a jurisprudência tem evoluído para prestigiar a referida audiência, inclusive com aplicação de multa pelo não comparecimento injustificado. Isso nos faz refletir sobre os caminhos que esse ato inaugural tomará a médio e longo prazo, ou seja, se cairá em desuso pela inaplicabilidade do Judiciário.

Desse modo e diante da grande distância entre o previsto legalmente e a estrutura existente na prática, deve haver uma releitura do instituto da conciliação, ou seja, deve haver uma interpretação com integridade e coerência do dispositivo legal, conforme ensinado por Dworkin, adaptando-o à realidade existente juntamente com suas peculiaridades, em prol da proteção constitucional do direito de acesso à justiça, no bojo do neoconstitucionalismo.

Nesta perspectiva, as normas públicas têm que ser criadas em benefício da própria comunidade de modo a se expressarem como como vias de acesso à justiça íntegra e coerente com a realidade fática. Ademais, pelos argumentos de política, ensinados por Dworkin, que são na verdade, as políticas públicas do Poder Público, deve ser determinado uma regra (que no caso é o estímulo à conciliação) em prol de todo bem estar coletivo, através dos melhores princípios que a política e a realidade fática são capazes de encontrar no momento, observando-se o que foi feito no passado e suas consequências para o futuro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão levantada nesta dissertação permitiu identificar a existência de uma transição normativa em curso. Nos capítulos anteriores, demonstrou-se como a judicialização excessiva tem sido um obstáculo à concretização do acesso à justiça. A busca, cada vez maior, ao Poder Judiciário pelas pessoas para solucionar seus conflitos e garantir seus direitos, tem provocado um afastamento da utilização de uma parte pouco visitada do acesso à justiça: a da cooperação. Assim, concluiu-se, a partir da solução de Dworkin, que é possível reduzir o papel do Poder Judiciário, desde que haja uma mudança de comportamento, tanto dos magistrados, quanto da comunidade.

Nesta dissertação, demonstrou-se o que significa afirmar que a tentativa de conciliação é norma fundamental que se insere no acesso à justiça. Ali se esclareceu que a conciliação, como regra, está inserida em uma política denominada meios consensuais de solução de conflitos. A partir disso, elaborou-se um apanhado histórico que demonstrou a constante presença do instituto da conciliação na história da humanidade, atestando-se que, apesar de sua recente normatização, não se trata de uma novidade. Ao final, se retornou à discussão sobre a transição paradigmática, então sob a crítica formulada por Boaventura de Sousa Santos, para concluir que a conciliação se insere em um âmbito cooperativo, que, inicialmente, será imposto pelo Estado à comunidade, mas que, futuramente, terá se arraigado na comunidade na forma de uma cultura da pacificação.

Ao final da introdução, foi apresentado, com outras palavras, o problema de pesquisa formulado na introdução, a saber: considerando os limites relativos e decorrentes da estrutura atual do sistema de justiça brasileiro, que tem se mostrado, na prática, insuficiente para estruturar um aparato capaz de concretizar as exigências impostas pelos artigo 334 do CPC/2015 que torna obrigatória a realização da audiência de conciliação, questiona-se, com vistas a não violação do direito fundamental de seu efetivo acesso à justiça, se a melhor solução seria a revogação do artigo ou o adiamento de sua aplicação como condição necessária preventiva da violação de direitos em razão dos riscos inerentes a: 1) realização da audiência pelo juiz; 2) a sua não realização conforme previsto no Relatório do TJES, ou ainda; 3) a sua realização

por estagiário? Como se denotou nesta dissertação, esta resposta não é fácil e encontra sérios obstáculos para sua implementação, e ainda requer uma ruptura de parâmetros com mudança comportamental de toda uma sociedade.

Outro grande desafio para implementação da audiência de conciliação nos moldes ditados pelo CPC/2015 é falta de estrutura orçamentária e de recursos humanos. A capacitação dos terceiros facilitadores é fundamental para o sucesso da implementação para se evitar o amadorismo no exercício da atividade de tentar conciliar. Segundo Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça de 2018, as despesas do ano de 2017 ficaram em torno de R\$ 90.846.325.160,00 e o crescimento médio anual das despesas no período compreendido entre 2011 e 2017 gira em torno de 4,1% enquanto 90,5% do total de despesas é comprometido com recursos humanos. Talvez este aumento de despesas tenha acontecido também como a capacitação dos primeiros conciliadores, posto que é visível que os Tribunais, apesar de todos os desafios, destacam-se na instalação dos Setores de Conciliação em consonância com o CPC/2015 e Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. Ademais, uniformizar a capacitação dos facilitadores por todo o Brasil não é uma tarefa fácil e rápida, mas o Poder Judiciário Brasileiro está percorrendo este caminho.

A construção dessa resposta é desenvolvida durante toda a dissertação e é demonstrar parte do entendimento de que o acesso à justiça não pode ser visto como um instituto ilimitado e imune ao estabelecimento de condições, requisitos ou pressupostos para ser exercido a constitucionalidade do condicionamento do exercício do acesso à justiça e o que se pretende é atestar a constitucionalidade da norma impositiva.

A discussão travada nesta dissertação contribuiu para construir uma argumentação que permitiu, gradualmente, alcançar a conclusão de que a tentativa de conciliar é uma regra, inserida em uma política pública como pressuposto, constitucional e socialmente legítimo, para a concretização do direito de acesso à justiça.

Os argumentos apresentados e debatidos permitiram que se identificasse o problema da judicialização excessiva dos conflitos sociais. Embora seja uma percepção quase

que intuitiva, já que é de conhecimento geral a situação de abarrotamento do Poder Judiciário, que não tem conseguido dar vazão à alta entrada de demandas, físicas ou eletrônicas, em seus escaninhos. O fato é que somente nas últimas décadas se tem tentado, por meio de mecanismos os mais diversos, frear de uma maneira mais incisiva a litigiosidade. Diante disso, identificou-se a presença de uma transição normativa em curso, que procura ver o acesso à justiça sob a ótica da cooperação.

A identificação de um sentido ainda oculto do acesso à justiça, baseado na ideia de cooperação, permite que se entenda melhor a solução de Ronald Dworkin com sua teoria do direito como integridade. A resposta de Dworkin ao problema da litigiosidade excessiva é a de que é necessário que os magistrados e os cidadãos mudem os seus comportamentos diante dos conflitos. Por um lado, cabe aos magistrados contribuir para a formatação de um direito íntegro, cujas interpretações sejam bem construídas e fundamentadas e utilizadas por todos, a fim de que não haja julgamentos díspares de casos análogos, tais como os precedentes; além disso, os juízes devem, dentro da integridade do direito, proferir decisões pedagogicamente influentes. Por outro lado, cabe aos cidadãos o esforço para que consigam, sozinhos, resolver os seus conflitos, isto é, sem a imposição de uma solução por terceiros, no caso, o Poder Judiciário.

A eficácia da solução de Dworkin depende, então, de que haja uma cooperação dentro de toda a sociedade, é justamente esse sentido cooperativo que destaca o outro lado do acesso à justiça, o quarto sentido que se vem juntar aos três outros sistematizados por Carlos Henrique Bezerra Leite. Nesse passo, pode-se dizer que o acesso à justiça é um direito de obter uma tutela justa, possível dentro do ordenamento jurídico, por meio do acesso ao Judiciário, o qual se ocupará de fornecer à interpretação correta ao caso que lhe é apresentado, com base em uma perspectiva íntegra do direito, de modo que se possa efetivar o princípio da justiça social. No entanto, esse direito só poderá ser exercido se, e somente se, o seu exercente, é dizer, o autor da demanda, tiver, efetivamente, buscado a conciliação, independentemente do Poder Judiciário, com seu antagonista.

O fato de o adversário não se apresentar flexível quanto à conciliação ou tão somente a rejeitar não prejudica, de modo algum, o propósito do requisito processual. A bem da verdade, esse tipo de comportamento tende a se tornar mais raro conforme os

magistrados desempenharem o seu papel de proferir decisões pedagogicamente influentes de incentivo aos meios alternativos de solução amigável de litígios, o que, sem dúvidas, contribuirá para construir um direito mais íntegro.

Nesse sentido, pode-se afirmar, então, que a conciliação é uma regra que se encaixa dentro de uma política pública de incentivo aos métodos consensuais de composição de litígios, uma vez que esta referida política possui um objetivo, um propósito social, como ficou explicado no decorrer na dissertação. Historicamente denominada de política dos meios alternativos de solução de conflitos, já que se punha como um caminho alternativo ao recurso ao Poder Judiciário, essa política abrangente é vista, atualmente, como o caminho principal para a solução de conflitos, deixando o Judiciário como meio alternativos, daí ser atualmente denominada de política dos meios consensuais de solução de conflitos.

O pequeno excuro histórico feito sobre os meios consensuais de solução de conflitos permitiu visualizar que a exigência de realização de prévia tentativa de conciliação, já foi objeto, em contextos diversos do atualmente vivido no Brasil, de previsão em texto constitucional, tanto na França quanto no próprio Brasil. Todavia, como foi frisado, a diversidade dos contextos autoriza a afirmação de que a obrigatoriedade da realização tem, atualmente, nova roupagem.

Com efeito, essa nova apresentação não é decorrência de uma mera imposição que na primeira oportunidade foi excluída do ordenamento jurídico. A obrigatoriedade da realização de tentativa incidental de conciliação se posiciona dentro de uma perspectiva de cooperação em um paradigma que privilegia a emancipação social. É dizer, uma emancipação da sociedade em relação a um Poder Judiciário ao qual se recorria para resolver todo e qualquer conflito, até mesmo os mais simples, cuja solução demanda das partes apenas o interesse-necessidade de agir.

A emancipação social como fruto pretendido do novo paradigma, que se apresenta em curso de transição, advém da perspectiva crítica de Boaventura de Sousa Santos. O sociológico português identifica, como discutido nesta dissertação, a existência, no início do terceiro milênio da era cristã, de uma forte transição paradigmática que direciona as mudanças sociais para uma era de emancipação e de aproveitamento

das experiências. A esse paradigma que Boaventura de Sousa Santos nominou como conhecimento prudente para uma vida decente, outros autores denominam como era da cooperação.

Com base em todas essas conclusões parciais, que surgiram de todo o caminhar argumentativo desenvolvido nesta dissertação, chegou-se, finalmente, a conclusão, no qual se demonstrou o motivo pelo qual a inserção, no CPC/2015, de uma norma que torne obrigatória da realização de prévia tentativa de conciliação não ofusca nem impede o acesso à justiça da perspectiva do autor da ação.

Por fim, para demonstrar que a tentativa de conciliar é não apenas um requisito para postular em juízo, mas também um pressuposto para a concretização do direito de acesso à justiça, e, ainda, para manter a circularidade do trabalho, retornou-se ao problema da litigiosidade excessiva. Não para simplesmente identificá-la ou apontar uma possível solução, mas para esclarecer a importância de políticas processuais, como a que é discutida neste trabalho, e da perspectiva da cooperação equitativa, para que se possa cada vez mais e melhor concretizar os direitos fundamentais.

Desse modo, verificamos que vários são os fatores que contribuem para a não concretização das exigências impostas pelos artigos 3 e 3§ e 334 do CPC/2015 que torna obrigatória a audiência de conciliação. A implementação dos métodos consensuais de solução de conflitos é um desafio na nossa realidade atual. Apesar do fato de que não seja uma novidade jurídica, o fato é que tal disciplina não consta como obrigatória nas maiorias das grades das faculdades de direito do Brasil, gerando um desconhecimento de sua importância e normas procedimentais por parte dos operadores do direito. Deve-se investir tal ensinamento através de seminários e cursos específicos. Aliás, o ensino para aplicação dos métodos autocompositivos é interdisciplinar, pois requer o auxílio de ensinamentos de psicólogos e sociólogos.

Além do mais, existe uma necessidade de mudança de mentalidade, ou seja, as pessoas devem aprender a resolver seus problemas, através do diálogo, sem a necessidade da presença de um magistrado. Deve haver uma mudança comportamental de toda a sociedade a fim de que a comunidade de princípios se torne uma sociedade cooperativa, nos moldes ensinados por Rawls e aprimorado por

Dworkin, pois segundo este último filósofo só assim esta comunidade será legitimada politicamente para criar princípios norteadores de toda a sociedade moderna.

Portanto, e em resposta final à pergunta central desta dissertação, chegou-se à conclusão de que não há que se revogar o artigo 334 do CPC/2015, tendo em vista que o conteúdo ali inserido é constitucional e embasado na melhor doutrina trazida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, além de Ronald Dworkin. Também não deve ser a audiência de conciliação prevista no CPC/2015 ser presidida por estagiário, uma vez que a função de facilitadores prevista para a conciliação requer capacitação. Também não é viável que a conciliação seja feita pelo juiz que vai julgar a causa tendo em vista que na conciliação muitas verdades são desveladas através do diálogo entre os envolvidos que poderão influenciar no julgamento da causa. Ademais e tendo vista que um dos limites dos atos de disposição processual é o direito fundamental de acesso à justiça, por sua supremacia em relação aos outros direitos e o seu caráter principiológico, não há que se falar em flexibilização da norma fundamental processual, posto que existe um núcleo essencial do direito fundamental que impede a flexibilização, de modo que este núcleo não pode ser atingido, sob pena de se atingir a essência do próprio direito fundamental, e conseqüentemente causar a retirada do direito fundamental do cenário jurídico.

Devemos, neste momento de transição comportamental, propagar e proporcionar a implementação da audiência de conciliação, por meio de palestras, seminários, matérias inseridas em currículo das faculdades de direito, e em todos os meios de comunicação a fim de que a audiência de conciliação seja constante na vida forense.

Estamos, pois, na fase de transição como ensinado por Boaventura e colacionado nesta dissertação, razão pela qual devemos dar mais tempo para implementação da conciliação nos moldes determinados no CPC/2015. As mudanças estão acontecendo e isto é uma realidade e o que se pretende, afinal de contas, é a concretização do direito fundamental de acesso, com incentivo à autonomia que se refere a total ausência de obrigação de resultado e sim obrigação de tentar conciliar.

Isso se deve ao fato de que quanto maior o número de processos tramitando menor é a efetividade do acesso à justiça em tempo razoável – isto é, são grandezas inversamente proporcionais. Logo, a conclusão é de que o acesso à justiça somente será concretizado quando a cultura da litigiosidade for substituída pela cultura da pacificação, ou seja, quando o novo paradigma se instalar, o que deve ser implementado pelo Estado, inclusive com medidas coercitivas para a transição paradigmática, conforme ensinado por Boaventura de Sousa Santos.

Entretanto, nesta fase de transição em que estamos não é cabível a flexibilização das normas procedimentais para garantir o direito fundamental de acesso à justiça, até que a “cultura da sentença” seja substituída pela “cultura da paz”, mitigando-se provisoriamente a rigidez normativa até que “[...] sobrevenha o estado das coisas desejado pelo NCPC [...]”.

Devemos dar tempo ao tempo, isto porque a regra da audiência de conciliação está sendo implementada aos poucos, apesar de todos os obstáculos, o que vale dizer que estamos em fase de transição normativa, e o adiamento da aplicação do instituto da audiência de conciliação integralmente (porque aplicada parcialmente com criação de 12 CEJUSCS) é consequência natural de nossa fase atual que pode durar anos e/ou décadas a fim de que a realização da audiência de conciliação seja totalmente implementada em um ordenamento jurídico íntegro e coerente.

Em suma, o que se pretendeu demonstrar nesta dissertação é que o principal meio para se alcançar a concretização do direito fundamental de acesso à justiça tem como ponto de partida uma contribuição/cooperação, que, no caso, se consubstancia na norma fundamental de processo civil, presente no CPC/2015, da obrigatoriedade da tentativa incidental de conciliação enquanto requisito para postular em juízo e a relação da comunidade de princípios e o Poder Judiciário será determinada pelo grau de maturidade cívica de toda a sociedade, que pode ser aprimorada pela política pública de conscientização da utilização dos meios alternativos de solução amigável de conflitos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALVES, Gabriela Pellegrina; AZEVEDO, Júlia Camargo de. Condições da ação e o novo Código de Processo Civil: avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 14, n. 1, p. 164-194, 2014. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>. Acesso em 6 maio 2018.

ARAÚJO, Milton Junior Barros; FERREIRA, Oswaldo Moreira. A mediação como ferramenta eficaz na solução dos conflitos: uma análise da mediação e sua aplicabilidade com o advento do novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Jus Navigandi*, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56917/a-mediacao-como-ferramenta-eficaz-na-solucao-dos-conflitos>>. Acesso: 20 maio 2018.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, b. 13, p. 17-32, 2009.

BASTOS, Marília Pereira de Abreu; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Dever fundamental de ponderação no novo CPC. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 75, p. 53-67. Porto Alegre: Magister, nov./dez. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*. Brasília: CNJ, 2019.

BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. *A Teoria da Proporcionalidade de Robert Alexy: Uma contribuição epistêmica para a construção de uma bioética latino-americana* (Tese de Doutorado). Brasília, 2014.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A evolução da conciliação e da mediação no Brasil. *Revista FONAMEC*, Rio de Janeiro, vol. 1, n. 1, p. 354-369, maio 2017.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da Liberdade Processual*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem Pública Processual*. Brasília. Editora Gazeta Jurídica, 2015.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, n. 6, p. 1-44, 2007. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.2_2007_1-44/64>. Acesso: 17 maio 2018.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador, n. 17, p. 93-130, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris Ed., 1988, 168p.

CAPPELLETTI, Mauro. Apunti su conciliatore e conciliazione. In: *Scritti in onore di Egidio Tosato*. Tradução de Hermes Zanetti Junior. Milano: Giuffrè, 1984. v. III. p. 501-518.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 19, n. 74, p. 82-97, abr./jun. 1994.

CAVALCANTE, Nykson Mendes Lacerda. A conciliação como instrumento de pacificação social na resolução de conflitos. *Justiça & Cidadania*, ago. 2013. Disponível em: <<http://www.editorajc.com.br/a-conciliacao-como-instrumento-de-pacificacao-social-na-resolucao-de-conflitos/>>. Acesso: 20 maio 2018.

COSTA, Carlos Henrique Generoso. A interpretação em Ronald Dworkin. *Revista CEJ*, Brasília, n. 55, p. 93-104, out./dez. 2011.

COURA, Alexandre de Castro. Sobre discricionariedade e decisionismo na interpretação e aplicação das normas em Kelsen. In: FARO, Julio Pinheiro; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (org.). *A diversidade do pensamento de Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2013, p. 131-140.

COURA, Alexandre de Castro; ZANOTTI, Bruno Taufner. (Pós)positivismo jurídico e a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, vol. 34, n. 2, p. 53-69, jul./dez. 2014.

DALL'AGNOL, Darlei. O igualitarismo liberal de Dworkin. *Kriterion*, Belo Horizonte, n. 111, p. 55-69, jun. 2005.

DEMO, Pedro. *Metodologia científica em ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1995.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, 879p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes Ed., 2002, 568p.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes Ed., 1999, 513p.
- ENGELMANN, Fabiano. Judicialização da política e democracia. *Jornal da Universidade*, Porto Alegre, n. 202, p. 4, jun. 2017. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/engenharia/wp/jornal-da-universidade-junho-de-2017/>. Acesso em 31 mar. 2018.
- FARO, Julio Pinheiro. Deveres fundamentais: uma revisão de literatura. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (coord.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 575-606.
- FARO, Julio Pinheiro. Deveres como condição para a concretização de direitos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 79, p. 167-209. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2012.
- FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011.
- FREGAPANI, Guilherme Silva Barbosa. Formas alternativas de solução de conflitos e a Lei dos Juizados Especiais Cíveis. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 133, p. 99-108, jan./mar. 1997.
- FURQUIM, Lilian de Toni. *O liberalismo abrangente de Ronald Dworkin* (Tese de Doutorado). São Paulo: USP, 2010, 235p.
- GOMES, Marcelo Sant'Anna Vieira. Princípio da cooperação e sua aplicabilidade na cooperação jurídica internacional: reflexos do novo Código de Processo Civil. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, n. 6, p. 961-984, 2015.
- GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; FABRIZ, Daury Cesar. Dever fundamental: a construção de um conceito. In: DE MARCO, Críthian Magnus; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; STEINMETZ, Wilson (org.). *Direitos fundamentais civis: teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013, tomo I, p. 87-96.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRATA NETO, Caetano (Coord.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 1-5.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1998.
- LACERDA, Ludmila Laís Costa; FARO, Julio Pinheiro Faro. O direito como integridade de Dworkin na construção da concepção do dever fundamental de

proteger o meio ambiente. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 89, p. 41-69. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Acesso coletivo à justiça como instrumento para efetivação dos direitos humanos: por uma nova mentalidade. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 35, p. 89-108, 2009.

LEITE, Gisele. Neopositivismo, neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo: o que há realmente de novo no direito? *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. 9, p. 213-235, 2016. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/20376/14708>. Acesso em 31 mar. 2018.

MAZZEI, Rodrigo Reis; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). *Grandes temas do NCPD: justiça multiportas* (vol. 9). Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 67-89.

CRESPO, Mariana Hernandez. Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. In: ALMEIDA, Rafael Alves; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça multiportas: medição, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 27-34.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Ed. Gazeta Jurídica, 2013, 215p.

OMMATI, José Emílio Medauar; FARO, Julio Pinheiro. De poder nulo a poder supremo – o Judiciário como superego. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 49, p. 177-206. Belo Horizonte: Ed. Fórum, jul./set. 2012.

PEDRA, Adriano Sant’Ana. A importância dos deveres humanos na efetivação de direitos. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (org.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013, p. 281-301.

SANTOS, André Filipe Pereira Reid dos. Principais abordagens sociológicas para análise das profissões. *BIB – Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*, São Paulo, n. 71, p. 25-43, jan./jun. 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 8. ed. São Paulo: Cortez Ed., 2011, 415p., vol. 1: A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Direito e cooperação. *Justiça Popular*, n. 10, p. 33-35, jun. 1985.

SANTOS, Ricardo Goretti. *Manual de mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2012, 387p.

SANTOS, Ricardo Goretti. *Políticas públicas de efetivação da mediação pelo Poder Judiciário e o direito fundamental de acesso à justiça no Brasil* (Tese de Doutorado). Vitória: FDV, 2016, 414p.

SANTOS, Ricardo Goretti. *Gestão Adequada de Conflitos. Do diagnóstico à escolha do método para cada caso concreto*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, 208p.

SANTOS, Ricardo Goretti. *Mediação e Acesso à Justiça*. Salvador: JusPodivm, 2015.

SANTOS, Ricardo Goretti. *Manual de Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, vol. 798, p. 23-50. São Paulo: Ed. RT, 2002.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. *Revista de Direito Mackenzie*, vol. 5, n. 1, p. 203-218, 2011.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Elementos para uma teoria dos deveres fundamentais: uma perspectiva jurídica. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 95, p. 125-159, abr./jun. 2016.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Far beyond from norms, distinguishing rules and principles. *ARSP – Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 97, n. 2, p. 198-206, 2011.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. O que é neoconstitucionalismo? *Revista Forense*, vol. 426, p. 395-433. Rio de Janeiro: Ed. Forense, jul./dez. 2017.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de; BRITO, Anne de Lacerda. Seria a conciliação o caminho regular do processo ou apenas mais um dispensável requisito da petição inicial? Comentários ao art. 319, VII, do CPC/2015. *Revista Forense*, vol. 425, p. 315-329. Rio de Janeiro: Ed. Forense, jan./jun. 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional – teoria, histórica e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 1.349.453, Relator Ministro Luis Felipe Salomão*. DJe 02/02/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 06 maio 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 1.411.258, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho*. DJe 21/02/2018a. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 04 maio 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 1.588.969, Relatora Ministra Assusete Magalhães*. DJe 11/04/2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 04 maio 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Medidas Cautelares nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.139 e nº 2.160, Relator Ministro Octavio Gallotti, Relator para o Acórdão Ministro Marco Aurélio*. DJe 23/10/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 06 maio 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Segurança nº 23.452, Relator Ministro Celso de Mello*. DJ 12/05/2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 04 maio 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 631.240, Relator Ministro Roberto Barroso*. DJe 10/11/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 04 maio 2018.

VIEIRA, Andréa Maria dos Santos Santana. *Acesso à justiça e voluntariado: livre exercício pelos advogados públicos federais como instrumento de efetivação da garantia constitucional* (Dissertação de Mestrado). Vitória: FDV, 2013, 133p.

WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 6-10.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Ed., 2005, pp. 684-690.

WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses* (2011). Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/SecaoDireitoPrivado/Doutrina/Comunicado?codigoComunicado=1011&pagina=2>. Acesso em 06 abr. 2018.