

AS ESTRATÉGIAS DE CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UM OLHAR ATRAVÉS DA TEORIA DOS JOGOS

Conciliation strategies in the New Procedure Code: a look through game theory

Thiago Ferreira Cordeiro*

Resumo: O Novo Código de Processo Civil positivou o princípio de cooperação em diversos dispositivos, especialmente em seu art. 6º. Uma das expressões mais notórias do referido princípio é a designação obrigatória de audiência de conciliação para autocomposição das partes, consoante art. 334 da codificação. A preocupação da nova lei em flexibilizar normas processuais, enxugar procedimentos e resolver processos por meio de conciliação encontra fundamento na necessidade de modernizar o exercício da jurisdição frente às atuais demandas da sociedade. Dessa forma, diversos institutos foram criados pelo legislador, enquanto outros são sugeridos pela doutrina, com o intuito de fomentar o interesse conciliatório das partes. No entanto, o êxito das medidas, em alguns contextos, tem sido ainda insatisfatório. A partir da teoria dos jogos é possível equacionar as variáveis envolvidas no processo de tomada de escolha dos jurisdicionados quanto à conciliação, permitindo assim uma análise crítica dos institutos utilizados e a sugestão do que poderia ser mudado para otimizar a concretização da escolha política do legislador.

Palavras-chave: conciliação; autocomposição; teoria dos jogos; processo civil.

Abstract: The New Code of Civil Procedure affirmed the principle of cooperation in several devices, especially in its art. 6th. One of the most notorious expressions of that principle is the mandatory designation of a conciliation hearing for the self-composition of the parties, pursuant to art. 334 of encoding. The concern of the new law to make procedural rules more flexible, streamline procedures and resolve cases through conciliation is based on the need to modernize the exercise of jurisdiction in the face of the current demands of society. In this way, several institutes were created by the legislator, while others are suggested by the doctrine, with the aim of fostering the conciliatory interest of the parties. However, the success of the measures, in some contexts, has still been unsatisfactory. Based on game theory, it is possible to equate the variables involved in the decision-making process of those under jurisdiction regarding conciliation, thus allowing a critical analysis of the institutes used and the suggestion of what could be changed to optimize the implementation of the legislator's political choice.

Keywords: conciliation; self-composition; game theory; civil procedure.

Submissão: 12/02/2023

Aprovação: 23/08/2023

* Pós-graduado em Direito pela UNIFFA, graduado em Ciências Sociais pela UERJ, graduado em Direito pela UNIRIO. Técnico de Atividade Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Secretário de Juiz.

INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil positivou o princípio de cooperação em diversos dispositivos, especialmente em seu art. 6º, o qual enuncia que: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (Brasil, 2015a). Na mesma esteira, destacam-se diferentes regras de colaboração entre os sujeitos processuais, como o art. 373, que dispõe a respeito da distribuição dinâmica do ônus da prova, podendo a mesma ser objeto de convenção (**dever de auxílio**), tal qual o art. 10, que consagrou o princípio da vedação à prolação de decisão surpresa (**dever de consulta** aos interessados). Tem-se também, por exemplo, o art. 321, que impõe ao magistrado o ônus de indicar especificamente o que precisa ser emendado na petição inicial (**dever de prevenção**) e o art. 357, §3º, que determina a designação de audiência para o saneamento cooperativo do processo, oportunizando que as partes esclareçam suas alegações (**dever de esclarecimento**).

Sabemos que a preocupação da nova lei em flexibilizar normas processuais, enxugar procedimentos e resolver processos por meio de conciliação encontra fundamento na necessidade de modernizar o exercício da jurisdição frente às atuais demandas da sociedade. A mais evidente dessas demandas para o judiciário é de ordem prática: diz respeito ao gigantesco volume de ações que são ajuizadas anualmente em todo o país¹.

Mas para além da necessidade de baixar o acervo judiciário e reduzir o tempo de tramitação das causas, sustenta-se a existência de um valor intrínseco nas técnicas de autocomposição, capaz de melhorar a qualidade dos provimentos judiciais. Tal arguição se funda na compreensão de que, apesar de a nomenclatura mais comum referir-se à conciliação e à mediação como **métodos alternativos à solução de conflitos**, em verdade o que temos é o caráter subsidiário e secundário da própria jurisdição estatal, enquanto a composição consensual nada mais é do que a forma natural por meio da qual as pessoas sejam capazes de resolver seus conflitos em uma sociedade funcional. Em consonância, destaca Pinho:

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

É colocada em xeque, então, a percepção de que a jurisdição é o primeiro caminho

¹ O relatório “Justiça em números” de 2020, publicado pelo CNJ, demonstra que, em média, a cada 100.000 habitantes, 12.211 ingressaram com uma ação em 2019, isto é, mais de 12% da população brasileira. Concomitantemente, cada processo demora, segundo dados do mesmo período, cerca de 5 anos e 4 meses para ser concluído. O resultado é uma tendência progressiva de acúmulo de causas litigiosas sem solução.

lógico para a solução de uma crise jurídica. Se for buscado fundamento na filosofia, constataremos que o contratualista britânico John Locke já enunciava a anterioridade do direito em relação ao Estado. Em seu hipotético estado de natureza, que precederia a autoridade estatal, os indivíduos seriam capazes de celebrar seus contratos livremente em situação de igualdade, usando de seus próprios recursos limitados para assegurar o respeito aos seus direitos. Nesse sentido, afirmou o filósofo:

O “estado de Natureza” é regido por um direito natural que se impõe a todos, e com respeito à razão, que é este direito, toda a humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens; [...] não se pode conceber que exista entre nós uma “hierarquia” que nos autorizaria a nos destruir uns aos outros, como se tivéssemos sido feitos para servir de instrumento às necessidades uns dos outros [...] (Locke, 1994, p.84).

E também historicamente não se observa realidade distinta. A conciliação já existia na China feudal, cerca de 3.000 anos atrás. Por influência do confucionismo, havia a tradição de se buscar resolver conflitos consensualmente antes de buscar o auxílio dos tribunais (Dan, 2015). Posteriormente, a partir de 221 a.C. as práticas foram tornando-se mais institucionalizadas até serem convertidas em etapa pré-processual obrigatória durante a dinastia Tang entre 618-907 d.C. Durante todo este tempo, a mediação complementava o sistema judiciário e contribuía para a continuidade dos clãs, tribos e aldeias (Dan, 2015).

Se assim é verdade, podemos falar na existência de uma expectativa ética natural de que as pessoas busquem respeitar a esfera jurídica umas das outras e se proponham a reparar eventuais danos de sua responsabilidade, sem que tenham de ser forçadas a tanto pelo Estado. Emanando da natureza das próprias relações civis, tal dever jurídico, para além da fonte processual do princípio da cooperação, parece encontrar guarida no próprio direito material. A eticidade, consubstanciada na ética e na boa-fé, foi consagrada como um dos princípios fundamentais do atual Código Civil. Através dela, tem-se o dever anexo de renegociar a relação contratual, seja com fundamento na teoria da imprevisão ou na quebra da base objetiva do contrato, não podendo o contratante se omitir, sob pena de responder civilmente pelos prejuízos decorrentes da ruptura contratual. Ora, este é um claro dever de cooperar e negociar para a manutenção do equilíbrio da relação jurídica.

Seja como for, o princípio da cooperação pode ser deduzido também das próprias regras de direito processual. Para Fredie Didier Jr, este deriva de um redimensionamento do contraditório, alterando essencialmente a postura dos sujeitos diante do processo. Um bom exemplo de aplicação deste valor é a regra contida no art. 774, V, do CPC, que impõe ao devedor o ônus de indicar seus próprios bens à penhora, sob pena de multa por ato atentatório à dignidade

da justiça. O dispositivo assinala a impossibilidade de o executado impor resistência injustificada à satisfação do direito da parte adversa, tendo que cooperar com a execução, mesmo contra o seu interesse. Em sentido semelhante, ainda na fase de conhecimento, tem-se a previsão de multa do art. 334, §8º, para quem não comparece à sessão de mediação. Esta norma consagra uma obrigação de comparecer à audiência para escutar a proposta do outro litigante, se esta não for dispensada.

Pode-se sustentar que o dever de cooperar se desdobra em um dever ético-jurídico de se predispor à conciliação. Não é concebível, na atual sistemática, a existência de um direito a litigância por esporte, ou fundada no mero interesse patrimonial de resistir. Sem dúvida as partes não são obrigadas a aceitar uma solução consensual quando esta se revela impossível, nem mesmo são obrigadas a permanecer em procedimento de mediação (consoante art. 2º, §2º da lei 13.140/15). Mas não parece haver alguma violação do contraditório a exigência de que os jurisdicionados, tal qual no direito material, tenham a obrigação de buscar, quando possível, a pacificação social do conflito.

Contudo, considerando que os envolvidos em um litígio frequentemente possuem interesses antagônicos, é compreensível o fato de muitas vezes não se chegar a uma solução interessante para ambos os lados. Dessa forma, buscou o código processual fomentar o ânimo das partes para preferir a autocomposição, resolvendo seus litígios de forma, a princípio, mais célere, democrática e socialmente eficaz. Para tanto, foram adotados diversos institutos estratégicos no sentido de impelir os jurisdicionados na direção almejada pelo legislador. Outras tantas sugestões são dadas pelos estudiosos do assunto, com o intuito de aumentar a efetividade da celebração de acordos. É necessário analisar criticamente o tratamento dado pela lei processual à conciliação para que se possa amadurecer os procedimentos e contribuir para uma maior satisfação deste propósito legal.

1 INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE FOMENTO

1.1 A obrigatoriedade de designação de audiência

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

partes [grifo nosso] manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual” ou “quando não se admitir a autocomposição” (Brasil, 2015a).

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

Em sentido, contrário, no entanto, o Enunciado 61 da ENFAM² reforça a literalidade do dispositivo:

Somente a recusa expressa de ambas as partes impedirá a realização da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC/2015, não sendo a manifestação de desinteresse externada por uma das partes justificativa para afastar a multa de que trata o art. 334, § 8º (ENFAM, 2015, p.6).

Com a devida vênia aos entendimentos contrários, esta última posição parece ser a mais técnica em relação ao pretendido pela lei. Tendo sido o Código claro quanto à obrigatoriedade, parece mais honesto interpretar o art. 2º como um dever de não insistir na mediação quando esta não lograr êxito e a parte reafirmar seu desinteresse. Mas haveria, a princípio, uma obrigação mínima, meramente formal, de comparecer a uma sessão e ouvir o que o outro interessado tem a dizer. O art. 18 corrobora com clareza ser essa a leitura correta ao regular que “iniciada a mediação, **as reuniões posteriores** com a presença das partes somente poderão ser marcadas com a sua anuência”(Brasil, 2015a, grifo nosso).

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

² Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados.

Nesse sentido, Souza faz uma ponderação às críticas:

A obrigatoriedade de comparecimento à audiência preliminar já vem prevista na legislação processual trabalhista e na legislação dos juizados especiais brasileiros desde a sua criação, sendo certo que o índice de acordos nestas duas searas do Judiciário é enormemente superior ao índice de acordos nos processos cíveis em que o acordo é possível, mas não existe obrigatoriedade da tentativa. Por outro lado, se se deseja implementar a mediação em larga escala, não se pode esperar que uns poucos demandantes de boa vontade se disponham a comparecer para a audiência de mediação e passem a relatar sua boa experiência às pessoas em geral para que então aumentem os índices de comparecimento. Infelizmente, temos uma maioria da população pouquíssimo educada, com limitações no discernimento e conhecimentos necessários para sopesar o custo de um comparecimento a uma audiência com os benefícios de uma possível solução através da mediação. As pessoas costumam raciocinar apenas a curto prazo e concentrar-se no incômodo de ter que comparecer e, ainda por cima, encontrar o adversário com quem já desistiram de dialogar a partir do momento em que decidiram recorrer ao Judiciário. (Souza, 2015, p. 59).

Particularmente, não parece lógico acusar de paternalismo a conduta do Estado que impõe às partes o dever de exercer sua autonomia. Assim como não é o voto obrigatório. Apenas se recomenda cautela com a nossa cultura autoritária de planejar políticas olhando de cima para baixo, à moda de Pereira Passos e Oswaldo Cruz, sem considerar a dinâmica dos destinatários do serviço. Ademais, é justo distinguir a obrigação de comparecimento à audiência, que pode inclusive se dar por procuração, da de efetivamente conciliar, a qual implicaria necessária renúncia do direito e não se cogita defender.

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

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

1.2 A multa por não comparecimento

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

Caso se interprete ser a designação da sessão de mediação uma obrigatoriedade, a lei pune como atentado à justiça a ausência mesmo daquele que expressamente afirmou não ter interesse em autocompor. Se concordamos com os doutrinadores defensores da flexibilização da regra, soa mais razoável punir quem manifestou o desejo de conciliar, atrasando o andamento processual, mas faltou à audiência. Critica-se ainda, olhando pelo caminho oposto, ser o valor frequentemente irrisório (Pinho, 2015). Deste modo, se pequeno o valor, é ineficaz, se maior, é coercitivo.

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

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

1.3 A obrigatoriedade de assistência por advogado

A Lei de Mediação (13.140/2015) é clara ao dispor em seu art. 10 que, para a mediação extrajudicial, a assistência por advogado ou defensor público é facultativa. Contudo, consoante o parágrafo único, se uma das partes estiver representada, as demais também deverão constituir

defesa técnica, haja vista o princípio da isonomia entre as partes (art. 2º, §2º). Soa razoável a norma considerando o procedimento se desenvolver extrajudicialmente. Sendo a participação de procuradores opcional para a celebração de contratos de um modo geral, bem como em processos administrativos, não faria sentido a indispensabilidade. Já no caso de mediação judicial, o legislador optou no art. 26 por exigir a presença de patronos, ficando ressalvados os juizados especiais cíveis e fazendários.

Comparativamente, na Argentina a assistência técnica destes profissionais também é exigida. Mas na Colômbia a mesma é dispensada. No projeto de lei anterior, 4.827/98, adotou-se posição ambígua, fazendo recomendação à constituição de advogado nos casos em que sua presença fosse indispensável, sem explicitar quais casos seriam esses. O projeto posterior, PLS 517/2011, por sua vez, propunha a facultatividade, porém não foi o que prevaleceu (Souza, 2015).

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

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

Na prática, contudo, há jurisprudência divergente. Diversos julgados³ optam por dispensar o advogado na homologação judicial, argumentando-se pela inconveniência de exigir a constituição de um patrono para uma das partes se o acordo já foi obtido. Destaca-se como exemplo o Resp 1.135.955/SP, de relatoria do ministro Teori Zavascki:

Celebrado o acordo, assiste a qualquer das partes interessadas a faculdade de requerer a sua homologação judicial, independentemente da concordância da outra parte ou de seu advogado. Exigir que os advogados de ambas as partes requeiram e concordem com essa homologação, é o mesmo que exigir que concordem com a própria transação. Se a lei dispensa a presença do advogado para o mais (que é a própria

³034407961.2015.8.19.0001; 016197487.2013.8.19.0001;000421568.2013.8.19.0063;002035657.2018.8.19.0203

transação, com todos os efeitos dela decorrentes no âmbito da relação de direito material), não faz sentido algum exigí-la para o menos (que é o requerimento de homologação do ato, no âmbito da relação processual). (Brasil, 211, p.1)

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

De toda sorte, a relativa dispensa da necessidade de assistência técnica é uma forma de facilitar o acesso à justiça conciliativa. Há, contudo, que se ter a preocupação em não flexibilizar demasiadamente o contraditório e a segurança jurídica em prol de um resultado pragmático.

1.4 Dispensa de custas remanescentes

O instrumento do art. 90, § 3º, dispõe que “se a transação ocorrer antes da sentença, as partes ficam dispensadas do pagamento das custas processuais remanescentes, se houver” (Brasil, 2015a). No mesmo sentido, o art. 29 da Lei de Mediação informa: “solucionado o conflito pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais” (Brasil, 2015b).

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

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

Não é aplicável à Justiça do Estado do Rio de Janeiro o disposto no art. 90, § 3º, do CPC/2015 (que informa a respeito de dispensa de custas processuais remanescentes no caso de transação/acordo antes da sentença), haja vista que é vedado, constitucionalmente, à União Federal conferir isenção de tributo da competência legislativa dos Estados, conforme artigo 151, III, da CRFB (Rio de Janeiro, 2016).

Assim, o CPC, enquanto lei federal, não poderia ter previsto uma hipótese de isenção tributária aplicável aos estados⁴.

⁴ A ADI 1444, de relatoria do ministro Sidnei Sanches, já havia reconhecido tratarem-se as custas judiciais de

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

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

1.5 Redução de honorários pela metade

O art. 90, §4º, do CPC oferece um incentivo no sentido de que “se o réu reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente, cumprir integralmente a prestação reconhecida, os honorários serão reduzidos pela metade”(Brasil, 2015a). Embora não haja aqui nenhuma referência à transação, esta é análoga. O reconhecimento do pedido é um ato volitivo de submissão, no qual a pacificação ocorre de forma autônoma. Não deixa de ser um possível resultado positivo da autocomposição.

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

tributo.

1.6 Eficácia executiva do título

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

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

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

O termo do acordo obtido em mediação extrajudicial prévia equipara-se a título executivo judicial desde que o mediador que assina o termo de acordo seja reconhecido por instituição idônea, que atenda aos requisitos do Conselho Nacional de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado em que exerça a mediação extrajudicial (Brasil, 2011, p.7).

Souza (2015) comenta que o PLS 405/2013 sugeria a homologação ser necessária caso o acordo versasse sobre direitos indisponíveis. Nos demais casos, seria opcional, mantida a diferença de eficácia entre os títulos. Foi nesse sentido que regulamentou a atual Lei 13.140/2015. O acordo só terá definitividade se homologado, e nos casos de indisponibilidade do direito em litígio, torna-se obrigatório, assim como a oitiva do Ministério Público (art. 3º, §2º).

Possivelmente o motivo para se ter concedido maior segurança à sentença arbitral do que à autocomposição extrajudicial é o fato de esta não se desenvolver em um espaço de contraditório adversarial. Não há um regramento específico quanto ao procedimento adotado,

havendo receio de que os acordos possam ser injustos. Mas com a maior institucionalização dos métodos, e a própria abertura do judiciário a uma cultura dialógica, talvez seja possível defender a inclusão do dispositivo no rol dos títulos reconhecidos judicialmente.

1.7 Outras sugestões

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

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

Os autores que se ocupam do debate vêm tecendo algumas sugestões capazes de incrementar a aplicação do instituto. Pinho (2011), embora seja contra a obrigatoriedade da mediação, entende que deveria ser exigido do demandante a comprovação de que o mesmo tentou resolver o problema extrajudicialmente antes de ajuizar a ação. Não se fala aqui em um procedimento formal, mas de qualquer tentativa que demonstre não ter sido o processo a primeira opção do interessado. Seriam suficientes os protocolos de ligação para um *call center*, uma reunião com advogados, conversas por e-mail, ou outro meio de tratativa que demonstrasse a boa-fé do autor em colaborar pré-processualmente. Tal exigência atuaria como uma condição da ação (ou pressuposto processual), integrante do interesse jurídico de agir. Não demonstrado este, o processo haveria de ser extinto sem análise do mérito.

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

Souza sugere inclusive que “havendo uma mediação em curso, fosse tentada em primeiro lugar a composição amigável também no que concerne a medidas de urgência” (2015, p.67). No art. 16, §2º, da Lei 13.140/15, é dito apenas que a suspensão do processo por ocasião da mediação não obsta do conhecimento de medidas de urgência pelo juiz ou árbitro. Deste

modo, mesmo já com a negociação em curso, as tutelas provisórias acabam sendo requeridas diretamente ao magistrado.

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

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

2 UM OLHAR ATRAVÉS DA TEORIA DOS JOGOS

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

A referida teoria “consiste fundamentalmente na definição de um modelo de comportamento ‘racional’, de modo a permitir a maximização da utilidade frente a um conflito de interesses” (Molinari, 1998, p. 1238). Nascida no campo da economia, a proposta pretendeu substituir as hipóteses excessivamente abstratas das teorias tradicionais por uma análise mais realista, que contemplasse a interação dos fenômenos sociais, tendo sido posteriormente importada pelos mais diversos ramos das ciências humanas.

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

própria, à medida que o resultado da interação é variável.

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

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

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

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

ambas, tomando por pano de fundo a alternativa de uma sentença contenciosa relativamente imprevisível.

A conciliação passa por uma lógica parecida com a do jogo relatado acima, com as devidas alterações. Pensando em um litígio de natureza patrimonial, temos um valor máximo pretendido pela parte autora e a resistência do réu, que espera, se possível, não ter de pagar nada. A priori, nenhum dos dois tem o interesse de ceder. Então por que isso ocorreria? Primeiramente, deve-se perceber que a movimentação pela conciliação só ocorre porque por detrás há a pressão exercida pela espada do Estado, tal qual enunciado por Hobbes⁵ (2003). As partes só concordam em fazê-lo porque, do contrário, será feito do mesmo jeito por um terceiro.

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

Ainda que se diga que as partes não avaliam as propostas como se fossem

⁵ A esse respeito, Thomas Hobbes já havia ensinado com eloquência: “Porque as leis da natureza (como a justiça, a equidade, a modéstia, a piedade, ou, em resumo, fazer aos outros o que queremos que nos façam) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar qualquer segurança a ninguém” (2003, p. 143).

computadores, em alguma medida esse raciocínio está implícito em seus pensamentos. Ponderar uma oferta com racionalidade implica colocar na balança as possibilidades de ganho e os riscos de perda do possível negócio. Para tanto, é necessário haver alguma segurança jurídica no sentido de os interessados, devidamente orientados por seus advogados, poderem apreciar suas chances de êxito e eventuais prejuízos, decidindo o que é melhor para eles. Por outro lado, se não houver alguma imprevisibilidade, tampouco haverá interesse na formação de consensos.

Mas não apenas a imprevisibilidade afeta a ponderação. Outra variável importante é o alto tempo de tramitação a que o processo pode chegar. Considerando o interesse em dispor tão logo possível do benefício, o tempo de espera também é traduzível em um custo, mas que afeta diferentemente autor e réu. Um desenvolvimento ágil tende a ser mais benéfico ao pretensor. Tendo uma expectativa de obter rapidamente o seu direito, terá um ímpeto menor em fazer algum tipo de concessão, não aceitando ofertas ou somente se estas forem muito elevadas. Já para o suposto devedor, a morosidade em geral trabalha a seu favor. Este não precisa ter pressa em satisfazer um débito que só será forçado daqui a muitos anos. Um maior tempo opera em seu favor, na medida em que pode usá-lo para cansar o adversário, forçando o equilíbrio do acordo para baixo.

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

Nesse sentido, podemos tentar sugerir uma expressão que sintetize a probabilidade de obtenção de acordo em um contexto de disputa patrimonial orientado pela racionalidade comunicativa. Identificamos aqui três variáveis principais possíveis de serem traduzidas em **custos de não-transação**: risco, tempo e despesas. Acerca da segunda, vimos que sua atuação

é ambígua, pois seu aumento favorece o interesse do autor em conciliar, enquanto a diminuição favorece o do réu. Em ambos os sentidos, uma variação demasiada implica um equilíbrio desfavorável, o que resulta na não realização do acordo ou na realização de um desvantajoso.

Podemos ensaiar então as seguintes fórmulas para obtenção do acordo.

O interesse das partes em conciliar corresponde à crença de que o proveito obtido no acordo é superior a sua pretensão original, subtraída dos custos e riscos de levar a demanda adiante. Simplificadamente: quando aceitar o acordo é mais econômico do que não aceitar.

Quando o autor crê que a proposta, embora menor do que acredita ter direito, compensa o montante renunciado, em vista dos custos de continuar com processo (despesas processuais, tempo e risco de derrota), este deseja aderir ao acordo. Por sua vez, o réu deseja acordar quando acredita, essencialmente, no mesmo, mas em sentido contrário. Isto é, o demandado se beneficia do acordo quando o risco de procedência da demanda é grande, a rapidez da solução é certa e as despesas são elevadas. Expresso de outra forma, tem-se:

Para o autor		Para o réu
$\frac{P - R - T - D_A + E_A}{O} \leq 1$	Interesse no acordo	$\frac{P - R - T + D_R - E_R}{O} \geq 1$
Interesse no acordo		Interesse no acordo

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

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

E_A = Esperança do autor
 E_R = Esperança do réu

Em outras palavras, o autor busca uma oferta que, em sua avaliação, seja maior do que o benefício pretendido conjugado com seus custos. Já o réu, pretende fazer uma oferta menor que esse resultado. Mas se as partes ambicionam em sentidos opostos, onde está a possibilidade de acordo? Explica-se que há uma margem de interseção em que a autocomposição é possível a partir de dois fatores: as despesas e a esperança de ambas as partes. O primeiro foi discutido acima. O segundo elemento, a esperança do autor e do réu, foi incluído para representar a avaliação subjetiva que os interessados fazem das demais variáveis, acreditando serem estas mais favoráveis. Embora o tempo e o risco afetem os personagens em sentidos opostos, eles são valorados diferentemente por cada um destes. Um dos litigantes pode ter uma tolerância maior ao risco por ter boa capacidade de arcar com a sucumbência. Uma mesma medida de tempo

pode ser rápida para um e lenta para outro, que tem maior pressa em receber. Dentro dessa zona cinzenta, a qual varia conforme a expectativa dos participantes, é possível as partes concordarem em um valor que pareça vantajoso para ambas. Isso além da influência objetiva das despesas processuais, desmotivando o contencioso reciprocamente.

Percebe-se aqui que, tal qual no jogo hipotético de *poker* exemplificado, a esperança de vitória é uma variável que influencia negativamente. Se ambos os lados forem otimistas, ou estiverem emocionalmente determinados a vencer por razões psicológicas, a chance de formação de consenso é reduzida. Por outro lado, a probabilidade de acordo é ótima quando todos entendem as incertezas do processo e não estão confiantes de sua vitória. Isso não quer dizer, é claro, que o papel do conciliador seja destruir a esperança das partes. Se seu otimismo for justificado é bom que assim o compreenda e opte pela solução contenciosa para ver sua pretensão realizada por completo, afinal não se deseja também a celebração de acordos injustos. Mas dentro do possível, é interessante que o olhar dos interessados seja esclarecido e objetivo no sentido de contemplar as variáveis dentro de uma expectativa realista, compreendendo os casos em que conciliar realmente lhes é vantajoso. E o meio de fazer convergir tais expectativas não é outro senão a comunicação pelo debate. A dialética confronta os argumentos e as diferentes narrativas dos fatos, estabelecendo um terreno comum para as partes julgarem suas chances.

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

2.1 A conveniência de um ônus conciliatório

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

Observamos ainda, na sessão anterior, o mecanismo implícito da dinâmica de

autocomposição, com foco na conciliação de causas exprimíveis em valores patrimoniais.

Descobrimos que, enquanto a maioria das variáveis é ambígua, atuando ao mesmo tempo em sentidos opostos para cada uma das partes, as despesas são um fator de convergência, porque desestimulam todos os litigantes.

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

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

Nesse sentido, vem se sugerir a existência de um instrumento que, fundado no dever de colaboração, venha onerar com uma despesa a parte sucumbente que tenha se recusado a conciliar. A ambição é de um instituto que funcione como um catalisador para a conciliação. Na química, este é uma substância que reduz a quantidade de energia necessária para a reação ocorrer. E aqui também o seria. De forma um pouco semelhante, comentou-se na sessão 2.9 a opinião de Pinho e Alves (2015) quanto à possibilidade de o juiz premiar a parte que colaborou com uma menor condenação em honorários de sucumbência. Ideia parecida foi a que se chegou na sessão 2.5 ao se sugerir a ampliação de tais honorários para a parte que cumulativamente se recusar a cooperar e sucumbir no contencioso. Percebe-se que a proposta não é punir a parte por sua mera falta de cooperação, mas de lhe impor uma espécie de multa pela dupla imputação (recusa + derrota).

Há, provavelmente, várias formas de desenhar tal instrumento. Podemos sugerir uma.

2.1.1 Ônus conciliatório

O que chamamos aqui de Ônus Conciliatório poderia consistir em uma previsão de multa aplicável em percentual sobre a condenação final, com honorários advocatícios inclusive, a que o réu estivesse sujeito e fosse revertida em favor da parte autora. Para afastar a aplicação de tal multa, o réu poderia consignar nos autos, na sessão de conciliação ou por petição intercorrente, uma proposta de acordo, tolerado ainda algum parcelamento ou outro facilitador⁶.

⁶ Nesse ponto, sugere-se a possibilidade de adaptação das regras relativas à moratória legal previstas no art. 916 para o procedimento de conciliação no processo de conhecimento, como um direito potestativo do réu de oferecer uma proposta de pagamento e, uma vez aceita pelo autor, parcelá-la em até seis prestações mensais, sem que se opere contra ele o ônus conciliatório aqui proposto. Tal direito se fundaria na cooperação e boa-fé do réu em assumir um valor, ainda que não a integralidade do pretendido pelo autor

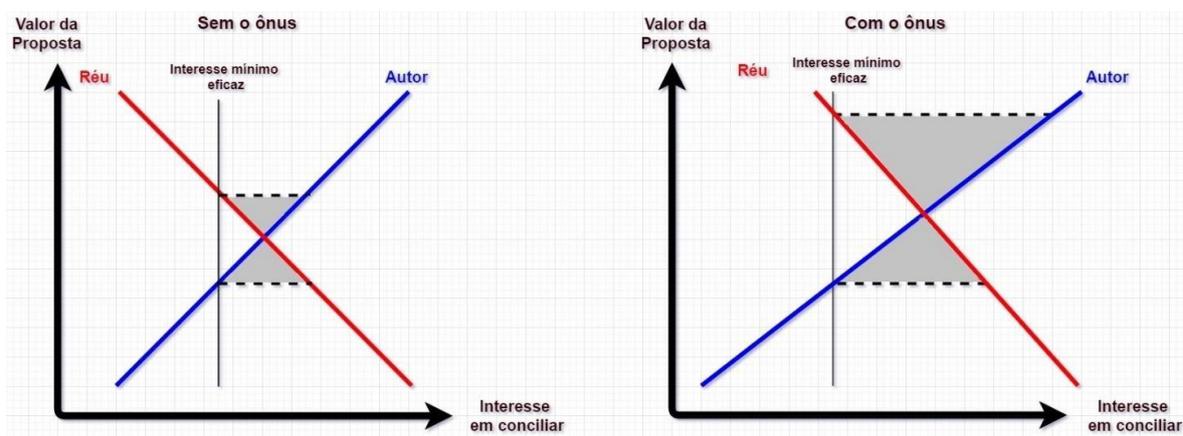
Independentemente da aceitação do pretense credor, a simples oferta reduziria o montante sobre o qual incidiria a pena em caso de derrota. Isto é, o percentual de multa seria calculado sobre o valor da condenação já abatido da proposta do réu. Na contramão, caso o autor viesse a perder, ou a vencer em proporção menor que o ofertado, seria lícito ao réu aplicar a mesma punição a ele, executando o valor ou compensando em relação ao que ainda tiver de pagar.

Para entender melhor, pensemos em um autor demandando o valor de R\$ 10.000,00. Se o réu se recusasse a fazer qualquer proposta e sofresse uma procedência total, teria de pagar a condenação acrescida de um percentual legal, digamos, de 25%, chegando a R\$ 12.500,00 ($10.000 + 25\% \times 10.000$). Caso entenda por bem se resguardar, o demandado poderia fazer uma proposta de acordo, por exemplo, de R\$ 5.000,00. Independente de aceitação, isso já faria a base de cálculo cair pela metade ($10.000 + 25\% (10.000 - 5.000)$), resultando em uma multa de R\$ 1.250,00, caso viesse a perder. Assim, uma oferta de 70% da pretensão autoral, nessas mesmas condições e supondo a procedência total do pedido, ensejaria uma multa de R\$ 750,00, enquanto uma de apenas 40% implicaria R\$ 1.500,00. Esta pena teria um caráter indenizatório, compensando o autor pelos transtornos e demora injustificada, dada a resistência do réu, ao passo que desestimularia uma litigância aventureira. Por isso, no caso de a oferta superar a condenação ao final, seria igualmente justo ao demandado ser indenizado pelo transtorno causado pela insistência do autor em uma pretensão a que não tinha direito.

É preciso insistir que tal acréscimo na sucumbência não é uma punição para obrigar a parte a conciliar. Não há constrangimento à renúncia. O ônus sugerido alcança apenas quem, tendo recusado a transacionar, concomitantemente perca a ação e seus eventuais recursos. Tal oneração é possível em vista do princípio ético da cooperação, da boa-fé e da economia processual. Não há de se causar espanto a proposta de uma multa sobre o litigante com o intuito de induzir um determinado comportamento, vez que isso já ocorre, por exemplo, nos arts. 523, §1º, 334, §8º, 500, dentre outros do CPC.

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

na petição inicial, renunciar à contestação e voluntariamente satisfazer a obrigação, mesmo não havendo título executivo contra ele. Ao demandante, a necessidade de aceitar o parcelamento seria um pequeno inconveniente frente à efetiva satisfação do seu direito ainda na etapa de conhecimento, considerando que eventual cumprimento de sentença invariavelmente seria mais moroso e incerto.



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

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, observa-se que a atual codificação vem empregando esforços para modernizar a forma de exercer a jurisdição em processos cíveis no Brasil. Embora os métodos de autocomposição já existam na história do Direito a uma longa data e se revelem como um modo natural de resolver crises jurídicas, o nosso Código de Processo Civil é ainda uma legislação relativamente recente, tornando claro que os institutos estão ainda passando por uma fase de redescobrimto.

Sabendo que os índices de conciliação estão ainda aquém do esperado, é fundamental que seja desempenhado um esforço crítico sobre a legislação, no sentido de promover uma engenharia jurídica dos instrumentos conciliatórios, tendo por foco de orientação o resultado útil e social do processo, e não a mera satisfação de procedimentos burocráticos ou de preceitos teóricos processuais.

Desta forma, o presente trabalho espera ter contribuído com uma ideia, passível de

críticas e necessárias adaptações, que seja, mas capaz de chamar atenção para a compreensão estratégica e pragmática do processo como uma resposta necessária à crise de quase estagnação do judiciário. A legislação já vem compreendendo a importância da instrumentalidade do processo e da flexibilização de seus procedimentos. A autocomposição processual é prova disso. Contudo, é sabido que alterações legislativas por si só não costumam ser suficientes para mudar a prática e cultura jurídicas, muitas das vezes arraigadas nas instituições. Para que transformações mais profundas possam se enraizar a ponto de a conciliação alçar a legitimidade de um paradigma processual, fazem-se necessárias intervenções mais ousadas para efetivar sua concretização. Neste contexto, um desenho racional da justiça conciliativa, considerando suas variáveis envolvidas, pode ser uma forma de obter um caminho estratégico para o acesso a uma ordem jurídica justa.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado n. 517/2011**. Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos. Brasília, DF: Senado Federal, 2011. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101791#tramitacao_9481016. Acesso em 03/08/2023.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.135.955/SP**. Processo n. 2009/0073218-3. Intervenção do advogado quando da homologação judicial. Desnecessidade. Recorrente: Caixa Econômica Federal-CEF. Recorrido: Sindicato dos trabalhadores nas indústrias de alimentação e afins de Limeira. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, 12 de

abril de 2011. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1051639&num_registro=200900732183&data=20110419&formato=PDF. Acesso em: 20 jul. 2023.

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

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2020: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 03 maio 2021.

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

DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual civil: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 198, ago/2011.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. **Seminário - O Poder judiciário e o novo Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Enfam, 2015. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERSÃO-DEFINITIVA-.pdf> Acesso em 03 ago.2023.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

MOLINARI, Ernesto. Teoria dos jogos. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: Unb, 1998.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O novo CPC e a mediação: reflexões e ponderações. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, n. 190, p.219-235, abr./jun. 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. Novos desafios da mediação judicial no Brasil: a preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 52, n. 205, p.55-70, jan./mar.2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p55.pdf. Acesso em: 25 abr. 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DURÇO, Karol Araújo. A mediação e a solução dos conflitos no estado democrático de direito. O “juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v.4, n.1, p.245-277, 2011.

RIO DE JANEIRO (Estado). Corregedoria Geral da Justiça. **Ementário sobre custas processuais**. Rio de Janeiro: Corregedoria Geral da Justiça, 2016. Disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/1103721/ementario-sobre-custas->

processuais.pdf?v96. Acesso em: 03 ago. 2023.

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

WEBER, Max. **Escritos políticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.