



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE MESTRADO

JÉSSICA GONÇALVES

**ACESSO À JUSTIÇA: DO MODELO COMPETITIVO DE  
ESTABILIZAÇÃO DOS CONFLITOS À ESTRATÉGIA  
COOPERATIVA**

Florianópolis  
2016



JÉSSICA GONÇALVES

**ACESSO À JUSTIÇA: DO MODELO COMPETITIVO DE  
ESTABILIZAÇÃO DOS CONFLITOS À ESTRATÉGIA  
COOPERATIVA**

Dissertação submetida ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do Grau de Mestre em Direito, na área de concentração: Direito, Estado e Sociedade.

Orientador: Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves.

Florianópolis  
2016

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Gonçalves, Jéssica

Acesso à justiça : do modelo competitivo de estabilização dos conflitos à estratégia cooperativa / Jéssica Gonçalves ; orientador, Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves - Florianópolis, SC, 2016.

294 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Acesso à Justiça. Teoria dos Jogos. 3. Competição. 4. Estratégia cooperativa. 5. Mediação. I. Gonçalves, Prof. Dr. Everton das Neves . II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Jéssica Gonçalves

**ACESSO À JUSTIÇA: DO MODELO COMPETITIVO DE  
ESTABILIZAÇÃO DOS CONFLITOS À ESTRATÉGIA  
COOPERATIVA**

Esta dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de “Mestre em Direito”, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC.

Florianópolis, 29 de fevereiro de 2016.

---

Prof. Dr. Arno Dal Ri Junior, Dr.  
Coordenador do Curso

**Banca Examinadora:**

---

Orientador: Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves  
Universidade Federal de Santa Catarina – PPGD – UFSC

---

Membro: Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa  
Universidade Federal de Santa Catarina – PPGD – UFSC

---

Membro: Prof. Dr. Hoyêdo Nunes Lins  
Universidade Federal de Santa Catarina – PPGECO – UFSC

---

Membro: Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues  
Universidade Federal de Santa Catarina – PPGD – UFSC

---

Membro: Prof. Dr. Ricardo Soares Stersi dos Santos  
Universidade Federal de Santa Catarina – PPGD – UFSC

---

Suplente: Prof. Dra. Grazielly Alessandra Baggenstoss  
Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

Este trabalho é dedicado ao meu  
espelho, minha mãe, Rosilú Cachoeira  
Gonçalves, e ao meu reflexo, meu pai,  
Jorge Henrique Gonçalves.





## AGRADECIMENTOS

Primeira página: causou-me certo desconforto. Confesso. Misto de sentimentos digno de grande estreia, mas encenando o fim do começo da carreira acadêmica. Talvez devesse iludir-me e começar pela segunda página. Porém, todo o papel continuaria em branco, disponível, à espera das palavras. Finalmente, adaptando a linguagem teórica desta dissertação: é dada largada do “jogo”. Neste momento, é como se eu pudesse compartilhar com os coautores desses escritos, o peso da responsabilidade pelas estratégias e pelo *payoff* positivo. Gratidão, esta é a expressão adequada para as pessoas ímpares que cruzaram meu caminho e, que de alguma maneira, contribuíram para conclusão desta etapa:

Fé em Deus, a qual me permitiu, ante todas as turbulências enfrentadas durante o curso de mestrado, encerrar mais uma etapa dos meus objetivos.

À minha mãe, Rosilú Cachoeira Gonçalves, que me ensinou tantos dos predicados que hoje eu possuo e pelas doses certas de carinho e dedicação durante toda a minha vida.

Ao meu pai, Jorge Henrique Gonçalves, por ser crítico incansável dos meus projetos profissionais e por me ajudar incondicionalmente em todos os momentos.

Ao meu orientador, professor Dr. Everton das Neves Gonçalves, pela paciência nas correções deste trabalho e pelo compartilhamento das suas experiências profissionais, as quais alimentaram o meu sentimento de ser eterna acadêmica.

Ao meu exemplo, e “pai acadêmico”, professor Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues que, entre a razão e a emoção, mostrou-me que esta última é a opção que deve nortear as nossas escolhas.

Ao professor Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori pela solicitude proporcionada em todas as conversas sobre meu tema.

Ao professor e juiz Dr. Alexandre Moraes da Rosa, pela parceria excêntrica e por todo conhecimento sobre jogo, cujas estratégias foram essenciais para alcançar esse *payoff*.

À professora Dra. Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira pelas contribuições desde a construção do projeto até a participação da banca de defesa, cujos apontamentos foram os responsáveis pela elaboração do trabalho.

À professora Dra. Grazielly Alessandra Baggenstoss pelas críticas e sugestões oferecidas na defesa do projeto, as quais foram decisivas para que eu pudesse melhorar a proposta inicial.

Ao presidente do Conselho de Administração da Corte Catarinense de Mediação e Arbitragem, Dr. José Luiz Sobierajski, por abrir as portas desta associação civil sem fins lucrativos e, por me explicar sobre o seu funcionamento.

À Diretora Executiva da Corte Catarinense de Mediação e Arbitragem, Sra. Ana Maria Schaefer Ferreira de Mello, pela gentileza em emprestar-me todos seus livros sobre mediação.

À Eloisa Machado Seemann, pelo auxílio na revisão desta dissertação.

À amizade construída com as mestrandas: Aline Boschi Moreira, Lyza Anzanello de Azevedo, Mariah Rausch Pereira e Paula Galbiatti Silveira, por todas as palavras atenciosas e gestos de conforto trocados.

Aos servidores da Secretaria do Programa de Pós Graduação em Direito da UFSC – PPGD, em especial nas pessoas da Maria Aparecida de Oliveira e Fabiano Dauwe.

Ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico CNPQ pelo financiamento desta pesquisa.

Mas a sociedade não é mais do que essa combinação de esforços individuais. A sociedade em si não existe, a não ser através das ações dos indivíduos. [...] Na sociedade, a experiência dos esforços individuais ensina ao homem que a ação em cooperação é eficiente e mais produtiva do que a ação isolada de indivíduos autossuficientes. Na sociedade, a cooperação substitui a troca autística pela troca interpessoal ou social. O homem dá a outros homens e recebe deles. Surge a interdependência. O homem serve para poder ser servido. A relação de troca é a relação social fundamental.

(Mises, 2010)



## RESUMO

No contexto Jurídico Brasileiro, os cidadãos, ao submeterem preferencialmente os seus conflitos aos Tribunais, acarretam a criação de um paradigma, consistente na confusão cultural entre o acesso à justiça e a tutela jurisdicional. Ocorre que a formação deste paradigma fomenta a judicialização das demandas, sobretudo das abusivas (frívolas e habituais), as quais contribuem à manutenção das crises de litigiosidade e morosidade presentes no Poder Judiciário. A partir disso, reflete-se sobre o tema da exequibilidade no acesso à justiça e a inclusão de mecanismos outros que não apenas a dogmática Processual Civil Brasileira. Para que se possa colocar em prática a redução da incidência do modelo de justiça tradicional prestada pelo Poder Judiciário, para a justiça coexistencial ou conciliatória, presente, por exemplo, no método alternativo da mediação, adota-se como marco teórico a interdisciplinaridade da Ciência Econômica, especialmente o instrumento Microeconômico da teoria dos jogos. Com base no comportamento estratégico dos litigantes, aplica-se a teoria dos jogos no Direito, buscando hipoteticamente demonstrar que a tutela jurisdicional pautada no Processo Civil vincula-se ao jogo de natureza competitiva, de modo que o comportamento dos agentes é induzido a não cooperação e ao resultado que soma zero, pelo qual uma parte ganha se a outra perder. Além disso, pela teoria dos jogos, conclui-se que o método da mediação apresenta-se como jogo cooperativo, cuja natureza admite a maximização de ganhos individuais e o resultado diferente de zero, porque ambos participantes colaboram entre si. Desse modo, o objetivo geral é tornar o acesso à justiça mais adequado, otimizando a solução minimamente consensuada, por meio da diminuição do modelo competitivo de estabilização dos conflitos pelo Processo Civil Brasileiro, para adoção da estratégia cooperativa, presente na mediação, segundo o enfoque da teoria dos jogos. Para isso, emprega-se o método de abordagem indutivo e o procedimento tipológico, os quais permitem, sem excluir a atual forma da tutela processual do Sistema Jurídico Brasileiro, a adoção de outro instrumento como tipo “ideal” à exequibilidade do acesso à justiça.

**Palavras-chave:** Acesso à Justiça. Teoria dos Jogos. Competição. Estratégia cooperativa. Mediação.



## ABSTRACT

In the Brazilian legal framework, the citizens prefer to submit their disputes to the courts, which causes the creation of a paradigm on the legal system, consisting of cultural confusion between access to justice and judicial protection. It turns out that the formation of this paradigm promotes the legalization of demands, especially the abusive (frivolous and customary), which contribute to the maintenance of litigation crisis and delays present in the judiciary. The reflected of this is the feasibility of the theme of access to justice and the inclusion of others mechanisms than just the dogmatic Brazilian Civil Procedure. As of this concern, it is reflected about the possibility to bring the concept of the access to justice to a new dimension in order to include other mechanisms than just the Brazilian civil procedure, by extending the traditional judiciary model of justice to a coexistent and conciliatory one, found, for example, on the alternative method of mediation. Thus, the interdisciplinarity between the economic science and the legal system, mainly the microeconomic instrument of the game theory, is adopted so that the decrease of the procedural litigation and the enlargement of the mediation technique can be put into practice, in order to achieve a feasibility on the access to justice. Based on the strategic behavior of litigants, the game theory in law is applied, seeking hypothetically demonstrate that the judicial protection guided the Civil Procedure is linked to the competitive nature of the game, so that the behavior of agents is induced to cease cooperation and the result sum zero, at which one party wins if the other lose. In addition it is concluded that the method of mediation is presented as cooperative play for the game theory, and whose nature allows the maximization of individual profits and the non-zero result, because both participants collaborate. Thus, the overall goal is to make access to the most appropriate justice, optimizing minimally consensual solution by decreasing the competitive model of stabilization of conflicts by the Civil Process Brazilian to adopt the cooperative strategy, present in mediation, according to the focus of game theory. For this, it is employed inductive approach method and the typological procedure, which allow, without excluding the current form of procedural protection of the Brazilian legal system, the adoption of another instrument as type "ideal" the feasibility of access to justice.

**Keywords:** Access to justice. Game theory. Competition. Cooperative strategy. Mediation.





## LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Nó Figurativo.....	156
Figura 2- Hipotético jogo em árvore. ....	210



## **LISTA DE QUADROS**

Quadro 1 - Regras de Decisão.....	157
Quadro 2- Resumo da teoria dos jogos .....	162



## **LISTA DE TABELAS**

Tabela 1- Matriz de ganho do Dilema do Prisioneiro .....	156
Tabela 2 - Dilema do Prisioneiro .....	168



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABJ	Associação Brasileira de Jurimetria
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
AED	Análise Econômica do Direito
AJG	Assistência Jurídica Gratuita
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
LAE	<i>Law and Economics</i>
MARC	<i>Modes Alternatifs de Règlement des Conflits</i>
NCPC	Novo Código de Processo Civil
PPGD	Programa de Pós Graduação em Direito
RAD	<i>Resoluciones Alternativas de Disputas</i>
STF	Supremo Tribunal Federal





## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>29</b>
<b>2 LEVANDO A ESTABILIZAÇÃO DOS CONFLITOS A SÉRIO: DA RESTRITA FUNÇÃO ESTATAL AO AMPLO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA</b> .....	<b>35</b>
2.1 ENTRE O MEU E O TEU: O NOSSO CONFLITO .....	36
2.2 DO ESTADO DE NATUREZA À SOCIEDADE CIVIL: O MODELO CONTRATUALISTA DE THOMAS HOBBS .....	43
2.3 A FUNÇÃO DE ESTABILIZAÇÃO DOS CONFLITOS E O MONÓPOLIO DA FORÇA LEGÍTIMA PELO ESTADO .....	51
2.4 O PSEUDO PARADIGMA DO DIREITO: ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO RECONHECIDO CULTURALMENTE COMO ÚNICA VIA DE ACESSO À JUSTIÇA .....	56
2.5 A PASSAGEM HISTÓRICA NOS PAPÉIS DO ESTADO DE DIREITO E O MOVIMENTO AO ACESSO À JUSTIÇA .....	60
2.5.1 As concepções de Estado de Direito: Liberal, Social e Democrático .....	62
2.5.2 O movimento do acesso à justiça e seu enquadramento no processo evolutivo Estatal.....	68
2.5.3 O projeto Florença e as três ondas renovatórias de Mauro Capelletti e Bryant Garth .....	73
2.6 PARA ALÉM DA GESTÃO RESTRITA PELO PODER JUDICIÁRIO: A MAXIMIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO À ESTABILIZAÇÃO DOS CONFLITOS PELOS MÉTODOS ALTERNATIVOS .....	78
2.6.1 Direito humano e fundamental de acesso à justiça.....	88
2.6.2 O acesso à justiça no sistema jurídico brasileiro e a versão gerencial do Poder Judiciário pelo método da justiça em números92	
2.6.3 Os obstáculos à efetivação do acesso à justiça .....	96
2.6.4 A exequibilidade do acesso à justiça pelo enfoque da justiça coexistencial .....	98
<b>3 A INTERDISCIPLINARIDADE ENTRE DIREITO E ECONOMIA NO BRASIL: RESPOSTA CORRETA OU SOMENTE UM DIÁLOGO POSSÍVEL?</b> .....	<b>103</b>
3.1 DOS PRIMEIROS CONTORNOS À CONSOLIDAÇÃO DO MOVIMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO .....	106

<b>3.1.1 Epistemologia das escolas da Análise Econômica do Direito</b>	<b>118</b>
<b>3.1.2 Pressupostos metodológicos: da escassez dos recursos à análise do custo x benefício pelo sujeito econômico de comportamento racional – limitado e individualista</b>	<b>125</b>
<b>3.2 CONCEITOS OPERACIONAIS: ANÁLISE ECONÔMICA POSITIVA E NORMATIVA</b>	<b>133</b>
<b>3.2.1 Os custos de transação pelo teorema de Ronald Coase</b>	<b>136</b>
<b>3.2.2 Fábula da Tragédia dos Comuns de Garrett Hardin</b>	<b>140</b>
<b>3.3 INSTRUMENTO MICROECONÔMICO: A TEORIA DOS JOGOS</b>	<b>144</b>
<b>3.3.1 Estrutura: jogo, jogadores, estratégias e <i>payoffs</i></b>	<b>153</b>
<b>3.3.2 Modalidades de jogos</b>	<b>162</b>
3.3.2.1 Jogos competitivos e o resultado de soma zero	164
3.3.2.2 Jogos cooperativos e o resultado diferente de zero	171
<b>4 ACESSO À JUSTIÇA: DO MODELO COMPETITIVO DE ESTABILIZAÇÃO DOS CONFLITOS À ESTRATÉGIA COOPERATIVA</b>	<b>177</b>
<b>4.1 A CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO DAS DEMANDAS</b>	<b>178</b>
<b>4.1.1 Distinção entre cultura do conflito <i>versus</i> cultura da litigância</b>	<b>187</b>
<b>4.1.2 As litigâncias abusivas: frívolas e habituais</b>	<b>191</b>
<b>4.2 CRISE DE LITIGIOSIDADE, MOROSIDADE NO PODER JUDICIÁRIO E OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA</b>	<b>194</b>
<b>4.3 A JUSTIÇA COMO RECURSO PÚBLICO E O AMBIENTE DE ESCASSEZ: COMPARANDO A TRAGÉDIA DOS COMUNS COM A “TRAGÉDIA” DO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO</b>	<b>198</b>
<b>4.4 A TEORIA DOS JOGOS NO DIREITO: O DIREITO COMO UM JOGO?</b>	<b>203</b>
<b>4.4.1. O dilema dos litigantes: acordo ou processo? Por uma análise do custo x benefício</b>	<b>209</b>
<b>4.4.2 Tutela jurisdicional pelo processo civil e a estabilização dos conflitos como modelo de jogo competitivo e o agir não cooperativo entre as partes</b>	<b>216</b>

<b>4.5 INVERTENDO A LÓGICA: ADOÇÃO DA ESTRATÉGIA COOPERATIVA ENTRE AS PARTES PELA MEDIAÇÃO.....</b>	<b>223</b>
<b>4.5.1 Abordagem da mediação e suas diferenças com as técnicas da arbitragem e a conciliação.....</b>	<b>226</b>
<b>4.5.2 Dinâmica da mediação como jogo: a cooperação entre as partes.....</b>	<b>241</b>
<b>4.5.3 A mediação como mecanismo de estabilização dos conflitos pela forma da justiça coexistencial e o alcance na exequibilidade do acesso à justiça.....</b>	<b>250</b>
<b>4.6 A RESOLUÇÃO 125 DO CNJ E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO MEDIDAS DE INCENTIVOS À ESTRATÉGIA COOPERATIVA .....</b>	<b>253</b>
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>261</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>270</b>



## 1 INTRODUÇÃO

O dualismo representado pelo meu e o teu, conduz ao surgimento do conflito, cuja existência, desde o estado de natureza à sociedade civil, é marcado nas ações humanas pela vontade de dominar e pelo impulso de reagir. Com efeito, inicialmente, não existia organização Estatal e o potencialmente mais forte, por meio da sua força, impunha-se ao mais fraco, encerrando o conflito. A fim de ultrapassar a precariedade da autotutela, a sociedade submetida ao estado de natureza de guerra de todos contra todos, em troca da sua segurança, transferiu parcela da liberdade para uma organização estruturada, a qual se denominou Estado.

No modelo de contrato social em Thomas Hobbes, o ente Estatal, representado pela figura do Leviatã, tomou para si o monopólio da violência legítima e atribuiu sua coibição ao Sistema Judiciário, criando, com isso, aquilo que se chama de paradigma ou padrão aceito, que, no Direito, corresponde à identificação cultural do acesso à justiça com a tutela jurisdicional prestada pelos Tribunais.

Partindo deste pressuposto, ganha corpo no imaginário coletivo a crença de que em caso de não cumprimento espontâneo das prescrições normativas por parte dos indivíduos, impera a proposta tradicional do Estado delegada ao Poder Judiciário, consistente na função de “dizer” quem tem o “melhor” direito, isto é, quem se sagra vencedor ou perdedor na disputa judicial, como o único mecanismo apto a resolver as controvérsias. Com isso, surge o fenômeno da judicialização das demandas que, embora abra espaço para a construção da cidadania, também conduz ao reconhecimento da chamada cultura da sentença, na medida em que a solução adversarial prestada pelo Estado torna-se o principal mecanismo perseguido pelas partes.

Assim, no contexto em que o Poder Judiciário foi organizado para atuar segundo a tutela jurisdicional do processo civil, muito aquém da complexidade conflitiva que lhe é apresentada, justifica-se a escolha do objeto deste trabalho, composto pela variável jurídica do acesso à justiça acrescida do parâmetro econômico da estratégia cooperativa. O escopo é demonstrar que a ampla garantia do direito à estabilização dos conflitos, sem a correspondente adequação no seu tratamento, acaba por gerar, paradoxalmente, “inflação” jurisdicional, inserindo-se dentre as grandes preocupações da sociedade contemporânea.

Além disso, destaca-se a relevância do tema, pois, para além do direito ao acesso à proteção judiciária, as partes necessitam ter garantida a efetiva estabilização dos conflitos. Em tempos em que a litigiosidade e

a morosidade persistem em manter o Poder Judiciário no cenário de superexploração pelos litigantes abusivos, visíveis sobretudo na crise de eficiência operacional do sistema, faz-se pertinente desconsiderar o conflito como o mal a ser curado, para vê-lo como fenômeno positivo, complexo e derivado de múltiplos fatores. E, por conseguinte, questionar o modelo heterocompositivo da Jurisdição, buscando estratégias consensuadas que não operem somente na lógica competitiva.

Nessa senda, uma das formas de amenizar a crise quantitativa e qualitativa do Poder Judiciário é revitalizar o entendimento sobre acesso à justiça como o direito à estabilização dos conflitos, cuja garantia pode ser feita não apenas pela dogmática Processual Civil Brasileira, mas também por outros mecanismos, como por exemplo, a mediação. E, além disso, buscar a instituição de outra cultura que trabalhe com a concepção de fomento à reconstituição autonomizada do litígio.

Por outros termos, significa desapegar da dialética processual judiciária, que trabalha na lógica do “amigo x inimigo”, para assumir a estratégia do “ganhador e ganhador”, desenvolvida por instrumentos alternativos de estabilização dos conflitos, os quais auxiliam na tentativa de desarmar a disputa de modo a produzir junto às partes a cultura da responsabilidade e participação. Ressalte-se que romper com o paradigma da tutela jurisdicional não é objetivo da dissertação. O que se pretende é redimensionar o conceito de acesso à justiça para o seu aporte teórico, baseado na ideia de tutela dos interesses violados, incluindo estratégias e instrumentos que não envolvam unicamente o acionamento ao Poder Judiciário.

Especificadamente, visando superar o cenário de “tragédia” em que se encontra os Tribunais e tomando consciência da pacificação independente da via, delimita-se o tema acesso à justiça entre o modelo competitivo à estratégia cooperativa. A partir disso, formula-se o problema da pesquisa nos seguintes termos: o acesso à justiça poderia tornar-se mais exequível reduzindo a incidência do modelo competitivo da dogmática Processual Civil Brasileira para outra que inclua uma estratégia cooperativa, desenvolvida pela mediação entre as partes?

Hipoteticamente, o entendimento sobre acesso à justiça, compreendido como Direito a apreciação dos interesses violados, poderia ser mais adequado ao se adotar mecanismos outros que não apenas os jurisdicionais, os quais otimizariam a solução minimamente consensuada, segundo a interdisciplinaridade da Ciência Econômica no Sistema Jurídico.

Aplicando o instrumento Microeconômico da teoria dos jogos no Direito, pretende-se descrever que no paradigma da tutela jurisdicional a dinâmica fomenta a não cooperação entre os litigantes, determinando um “ganhador e um perdedor”, próprio do jogo competitivo do Processo Civil. E, ainda, subsidiar a proposta de outro modelo, em que ambos participantes sejam ganhadores, instrumentalizado na mediação. Assim, já que nesse jogo não há imposição Estatal, as partes não se percebem como adversárias, e, porque estão diretamente transacionando seus direitos, podem estabelecer estratégias cooperativas a fim de maximizarem ganhos individuais. Visa-se, dessa forma, comprovar a hipótese por uma abordagem diferenciada, compreendida no embasamento teórico da Análise Econômica do Direito, notadamente, pelo recorte da microeconomia sustentada pela teoria dos jogos.

Neste âmbito, o objetivo geral é ressaltar, para além dos contornos jurídicos, a crença de que a pulverização na exequibilidade do acesso à justiça perpassa pela diminuição do modelo competitivo do Processo Civil para adoção de uma lógica cooperativa, presente na mediação. Para alcançar mencionado escopo, a dissertação é dividida em três objetivos específicos, correspondentes ao desenvolvimento de três Capítulos.

O primeiro Capítulo tem o objetivo de examinar o direito ao acesso à justiça que se pretende tornar mais exequível, sendo ele apresentado por meio do contorno histórico a partir do Estado Social e da “terceira onda”, de modo que o seu conceito é o de Direito amplo que não se limita ao paradigma de acesso ao Poder Judiciário, porque inclui mecanismos alternativos. Ademais, a integralidade do acesso à justiça exige ordem jurídica justa, efetiva e igual, dada a sua natureza jurídica de Direito Humano (universal) no plano internacional e Direito fundamental no Sistema Jurídico Brasileiro.

No segundo Capítulo, visa-se explicar sobre a interdisciplinaridade entre a Ciência Econômica e o Direito por intermédio da metodologia empregada na Análise Econômica do Direito e, a partir dos seus conceitos operacionais, apresentar o instrumento Microeconômico da teoria dos jogos, que serve de base ao entendimento sobre o jogo e suas estratégias competitivas e cooperativas e os respectivos resultados que somam zero e diferente de zero.

No último Capítulo, apresenta-se a discussão sobre a necessidade em tornar mais exequível o acesso à justiça, trazendo à tona a questão sobre a judicialização das demandas, suas espécies de litigâncias abusivas e as conseqüentes crises de litigiosidade e morosidade, resultantes na “tragédia” da superexploração pelos usuários do sistema

judicial. Após, no mesmo Capítulo, aplica-se a teoria dos jogos no Direito, indicando a tutela jurisdicional pelo Processo Civil como jogo competitivo que fomenta o agir não cooperativo entre as partes, resultando em soma zero, na qual a procedência do autor (ou réu) implica na improcedência para o réu (ou autor). Em continuidade, apresenta-se a proposta da mediação em sua espécie transformadora voltada para o olhar sobre o outro, cuja natureza do jogo permite a elaboração da estratégia cooperativa, razão pela qual o resultado difere-se de zero, tornando o acesso à justiça mais exequível na medida em que adota o enfoque da justiça coexistencial dos diversos métodos alternativos e, ainda, transforma o paradigma vigente do “ganhador x perdedor” em apenas ambos ganhadores.

Para fins de alcançar tais objetivos específicos, o método de abordagem empregado é o dedutivo, pois a dissertação parte da especificidade no exame sobre as teorias de bases quanto ao acesso à justiça e as estratégias cooperativas e competitivas por meio da teoria dos jogos, desenvolvidas, respectivamente, nos Capítulos 2 e 3 e, deduz, no Capítulo 4, a necessidade e às possibilidades em ampliar os modelos de estabilização dos conflitos entre o processo civil e a mediação no Sistema Brasileiro.

Ademais, o método de procedimento utilizado é o “tipológico”<sup>1</sup>, desenvolvido por Max Weber, que consiste em ampliar certos parâmetros da realidade. O mencionado pesquisador, ao comparar fenômenos sociais complexos não apenas seleciona a realidade, mas também a enriquece, criando tipos ou modelos ideais. Partindo da classificação e comparação de diversos tipos de cidades, o autor determinou as características essenciais da cidade; pesquisou as diferentes formas de capitalismo para estabelecer a caracterização ideal do capitalismo moderno; e, ainda, examinou os tipos de organização, apresentando o tipo ideal.

Com base no mencionado procedimento, portanto, é que a dissertação se guia, pois visa, primeiramente, descrever a realidade do modelo de estabilização dos conflitos, pautado no Processo Civil Brasileiro como mecanismo que incita a competição entre as partes e cujo parâmetro de maneira solitária não é mais o suficiente para conter a crescente litigiosidade. No segundo momento, e, sem pretensão de excluir o modelo existente, a dissertação elabora a justificativa de outro instrumento, baseado numa estratégia cooperativa, a ser desenvolvida

---

<sup>1</sup> LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Matrina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 109.



pela mediação entre as partes como o “tipo ideal”, a fim de corroborar com a maior exequibilidade no acesso à justiça.

Por último, com a finalidade de inserir o leitor em contato direto com o tema, a técnica de pesquisa é essencialmente a bibliográfica, utilizando-se de livros, revistas, dissertações e teses.



## 2 LEVANDO A ESTABILIZAÇÃO DOS CONFLITOS A SÉRIO: DA RESTRITA FUNÇÃO ESTATAL AO AMPLO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

O individualismo dos homens que divergindo entre o “meu e o teu”, deveriam decidir racionalmente e buscar as melhores estratégias para estabilizar os embates, demonstram como o conflito e a cooperação são elementos de qualquer história em sociedade.

Partindo dessa premissa, o primeiro tópico a ser tratado no presente Capítulo visa esclarecer teorias sociológicas, como a “funcionalista” e a “anormalidade histórica”, e, também, teorias psicológicas, assim entendidas a “condutista” e a “macro”, para o fim de explicar a interatividade nas disputas e examinar a imprescindibilidade na construção do terceiro acima das partes na estabilização dos conflitos.

Na definição entre os diversos papéis individuais e as respectivas assimetrias nos interesses e expectativas, o segundo tópico, com base na teoria contratualista de Thomas Hobbes, especifica o *modus vivendi* dos indivíduos no estado de natureza, baseado nas tensões, desejos e competições, e apresenta a ideia do contrato social como hipótese para a explicação racional da formação do terceiro enquanto organização institucional.

Dessa forma, como derivação do pressuposto de que a sociedade submetida ao estado de natureza de guerra de todos contra todos, em troca da segurança, transfere parcela da sua liberdade para um ente soberano, assim é apresentado, na Seção seguinte, como o Estado, tomou para si o monopólio da força legítima e a delegou ao Poder Judiciário. E, em razão dessa perspectiva, é que se criou o chamado paradigma; modelo ou padrão aceito, que, no Direito, é verificado pela identificação cultural em recorrer ao Poder Judiciário como sinônimo do acesso à justiça, judicializando-se toda e qualquer demanda numa verdadeira “cultura da sentença”.

Embora dotada de força imperativa e coercitiva, a estrutura estatal revela a lógica maniqueísta do “ganhador x perdedor”. Por esta razão, a superação do (in) consciente imaginário coletivo, no que diz respeito a solução adversarial prestada pelo Estado como principal estrutura de estabilização dos conflitos, perpassa pela revitalização teórica da concepção de acesso à justiça.

O entendimento sobre o acesso à justiça é feito na Seção cinco, com base nos marcos teóricos adotados em autores como: Mauro Cappelletti e Bryant Garth,<sup>2</sup> Ada Pellegrini Grinover<sup>3</sup> e Kazuo Watanabe<sup>4</sup>, abordando desde o contexto histórico do Estado de Direito Liberal, passando pelo estágio Social e Democrático até chegar às “quatro ondas”<sup>5</sup> renovatórias, em especial a terceira, responsáveis pela transformação do conceito restrito de acesso à justiça para o amplo direito humano e fundamental.

Portanto, o presente Capítulo pretende levar a estabilização dos conflitos a sério, questionando o pseudo paradigma visualizado no Direito, referente a ideia cultural de restrito acesso à jurisdição contenciosa como a única forma de tratamento das disputas, para apontar o modelo de justiça coexistencial, baseada no amplo acesso à justiça como direito a tornar estáveis os embates por soluções minimamente consensuadas.

## 2.1 ENTRE O MEU E O TEU: O NOSSO CONFLITO

O redimensionamento sobre o tema acesso à justiça, culturalmente confundido como sinônimo do Direito em recorrer ao Poder Judiciário, pressupõe identificar a gênese da problemática dos conflitos entre as partes. Esta problemática destaca-se como “hipotética” porque, em que pese o termo conflito carregue em seu bojo dinamicidade negativa, para fins desta dissertação, é compreendido como inerente a existência humana, não se pretendendo defendê-lo como “fato anormal ou disfuncional”<sup>6</sup> a ser eliminado a qualquer custo.

O embate representa a caução a todos os modelos amorfos de sociedade, isto é, significa a não possibilidade de haver respostas possíveis para tudo na medida em que a instabilidade é a marca

---

<sup>2</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

<sup>3</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

<sup>4</sup> WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

<sup>5</sup> A expressão “onda” é descrita pelos Autores Mauro Cappelletti e Bryan Garth e, encontrada na Obra Acesso à Justiça, servindo para explicar as passagens no movimento do acesso à justiça.

<sup>6</sup> DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 106-107.

distintiva da realidade social e do próprio homem enquanto ser dialético e histórico.

Dessa forma, tendo em vista que a postura adequada para estudar o tema conflito não é eliminá-lo, mas sim encontrar a forma que favoreça a sua “composição construtiva”<sup>7</sup>, pode-se dizer que o conflito é vislumbrado a partir de como as pessoas se comportam dentro do sistema judicial, com o escopo de defender a intervenção estatal baseada numa lógica menos competitiva, reduzindo a incidência do Processo Civil e ampliando a estratégia da mediação.

Para demonstrar a composição construtiva do conflito, há teorias sociológicas e psicológicas que examinam as interações entre as pessoas e a comunidade. Iniciando pelo viés sociológico de Émile Durkheim, tem-se que as relações conflituosas são consideradas perturbações que rompem o fluxo normal da sociedade. Segundo o autor, um dos expoentes da teoria do conflito como patologia social, denominada corrente “funcionalista e estrutural funcionalista”<sup>8</sup>, a disputa, a qual representa o rompimento da coesão baseada na solidariedade mecânica das sociedades, é causadora de disfunção e deve ser afastada do bojo social.<sup>9</sup>

Em outra perspectiva, também sociológica, representada pela frase do general chinês Sun Tzu: o “principal objetivo da guerra é a paz”<sup>10</sup>, as teorias do “conflito social”<sup>11</sup> apresentam como tendência comum a ideia de que não é o consenso o mantenedor da estrutura social, mas o inverso, a construção do embate. Comentando sobre a

---

<sup>7</sup> FREDIANI, Paolo; UZQUEDA, Ana. **La conciliazione** – Guida per la soluzione negoziale delle controversie. Milano: Giuffrè, 2002, p. 1.

<sup>8</sup> Neste aspecto, destacam-se como ícones da corrente funcionalista, além de Émile Durkheim, os autores Augusto Comte, Herbert Spencer e Vilfredo Pareto. Catalogação encontrada em: LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **A constitucionalização da solução pacífica de conflitos na ordem jurídica de 1988**. 2012. 163 f. (Dissertação) Mestrado em Direito -Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012.

<sup>9</sup> Nesse sentido: DURKHEIM, 1995.

<sup>10</sup> Literalmente o autor escreveu: “Nunca esqueças que teu objetivo, ao desencadear a guerra, deve ser o de conseguir para o Estado a glória, o esplendor e a paz, e não o de semear o tumulto, a desolação e a morte”. Sun Tzu. **A arte da guerra**. Tradução de Sueli Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2006, p. 74

<sup>11</sup> Figuram como representantes desta teoria: Karl Marx, Georg Simmel, Ralf Dahrendorf, John Stuart Mill. Catalogação encontrada em: LUCENA FILHO, op. cit., p. 29.

ideia, Karl Marx explica que a tensão é ocasionada pela propriedade privada e pelas classes antagonônicas, cujo retorno completo à coesão ocorre apenas no comunismo.<sup>12</sup>

Complementando a teoria do conflito social, os autores Max Weber e Georg Simmel entendem a disputa no viés da interação social, sendo que a contribuição do primeiro autor é compreender o embate com a relação social, luta, na qual as ações se orientam pelo propósito de impor a própria vontade contra a resistência do outro.<sup>13</sup> Embora Max Weber contribua com a ideia de normalidade nos conflitos, é o autor Georg Simmel quem descreve a oposição como resultado da força de atração e repulsão que também forma a teia social, denominada pelo autor de “sociação”.<sup>14</sup> No entanto, o exagero na positividade sociológica dos antagonismos levou o autor, inclusive, a defender o conflito, em sua espécie de guerra, como fator do progresso.<sup>15</sup> Desse modo, as concepções que privilegiam a oposição pela luta de classes - teorias do conflito social ou pela corrente funcionalista - normatização da coesão, embora antagonônicas, apontam para a perspectiva evolucionista que percebe o conflito pelo estigma histórico da ordem econômica e social.

A explicação da dinamicidade das disputas por muito tempo foi compreendida apenas sociologicamente<sup>16</sup> pela bipolarização entre as duas mencionadas visões: a “primeira que entende os conflitos como produto das situações estruturais da sociedade dividida em classes, e a segunda, como consequência das relações entre as partes envolvidas.”<sup>17</sup>

<sup>12</sup> MARX, Karl. **Manuscritos Econômico – filosóficos de 1844**. Tradução de Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008, p. 39

<sup>13</sup> Nesse sentido, WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Tradução de Régis Barbosa e Karen Elisabete Babosa. 3. ed. Brasília: Editora UnB, 1994. v.1.

<sup>14</sup> SIMMEL, Georg. **Sociologia**. Tradução de Carlos Alberto Pavanelli. São Paulo: Ática, 1983. p. 124.

<sup>15</sup> Comentando sobre a teoria dos conflitos na obra de Georg Simmel, Norberto Bobbio destaca que é “demasiado bela para ser verdadeira (...)”. BOBBIO, Norberto. **O terceiro ausente: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra**. Tradução Daniela Beccacia Versiani. São Paulo: Manole, 2009.

<sup>16</sup> Usa-se o termo “apenas sociologicamente” na medida em que a sociologia é, dentre as ciências sociais, o ramo cujo objeto permeia inteiramente o estudo das relações entre as pessoas e a comunidade ou entre os diferentes grupos que a formam. Para maiores esclarecimentos consultar: ARNAUD, André Jean (Org.). **Dicionário Enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>17</sup> Original: “the first to understand the conflict as a product of structural conditions of class society (objectivist - latent) , and the second as consequences

(tradução nossa). Entretanto, modernamente, as teorias psicológicas do condutismo - behaviorismo ou culturalismo - e a macro ou clássica, destacam-se pela ordem microssociológica como examinam o tema.<sup>18</sup> O behaviorismo de Burrhus Frederic Skinner explica que o conflito é desdobramento do comportamento humano, uma vez que valoriza o papel do incentivo em determinada situação, razão pela qual o entendimento sobre os embates pressupõe “examinar quais os estímulos daquele para prever os resultados das ações.”<sup>19</sup>

Os fatores endógenos ou exógenos de cunho comportamental foram ampliados pelo teóricos clássicos para explicarem as lutas como a tomada da decisão e o comportamento estratégico. Um dos principais fundamentos modernos para a teoria macro (clássica) baseia-se na chamada teoria dos jogos, disciplina acadêmica, proeminente dos ramos da matemática aplicada e vinculada ao estudo do modo como os indivíduos tomam suas decisões e adotam posições estratégicas.<sup>20</sup>

A teoria dos jogos representa a ferramenta analítica para o entendimento sobre as situações em que há interação e conflito de interesses entre os participantes, isto é, preocupa-se com a forma como os indivíduos decidem quando estão cientes de que as suas escolhas afetam aos demais. Trata-se do exame de como as pessoas devem tomar suas decisões e assegurar o melhor resultado para si, com base “naquilo que elas imaginam que será o movimento do outro participante, pois o resultado será a soma das decisões de um indivíduo e das estratégias escolhidas pelos demais.”<sup>21</sup>

A partir das divisões teóricas entre o estudo do conflito pela sociologia e psicologia, constata-se que a operacionalização dos embates

of the perception of the parties involved ( subjectivist - Manifest ).” SCHMID, Alex. Early Warning of violent conflicts. In: Schmid, A. (ed): **Violent crime and conflicts**. Milan: Ispac – International Scientific and Professional Advisory Council of the un crime prevention and criminal justice programme, 1997.

<sup>18</sup> Nesse sentido ver: BIRNDAUM, Pierre. Conflitos. In: BOUDON, Raymond. **Tratado de Sociologia**. Tradução de Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995.

<sup>19</sup> SKINNER, Burrhus Frederic. **Ciência e o comportamento humano**. Brasília: Ed. da Universidade de Brasília/Funbec, 1970. p. 21.

<sup>20</sup> Corroborar: BECUE, Sabrina Maria Fadel. Teoria dos Jogos. In: RIBEIRO, Maria Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Org.) **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011.p. 112.

<sup>21</sup> VARIAN, Hal R. **Microeconomia**: conceitos básicos. 7. ed. Tradução: Maria José José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 543.

pode ser feita por combinação de possibilidades, por meio de cinco tipologias, conforme detalha o autor Ralf Dahrendorf:

- a) Conflito dentro e entre papéis sociais individuais, onde há assimetria de interesses de expectativas;
- b) Conflitos dentro de certos grupos sociais, onde certo grupo luta para tomar parte da diretoria de um clube ou sindicato (trata-se de conflitos mais restritos);
- c) Conflitos entre agrupamentos sociais organizados (grupos de interesse) ou não organizados (quase grupos) dentro de setores regionais nas sociedades;
- d) Conflitos entre agrupamentos organizados ou não organizados, mas que afetam toda uma sociedade;
- e) Conflitos entre unidades maiores, abrangendo organismos internacionais.<sup>22</sup>

Considerando as divisões nas estruturas, acima elaboradas pelo autor, o conflito global, marcado pela generalização da patologia e interação social, mais o intersubjetivo bilateral, proveniente das relações não cooperativas, revelam o individualismo de cada ser humano que, divergindo “entre o meu e o teu”, toma decisões racionais e encontra as melhores estratégias para pacificar os embates.

Especificamente, as relações intersubjetivas e intergrupais são marcadas além da cooperação, também pela visão maniqueísta entre o bem e o mal, expresso pelas divergências “entre o meu e o teu”, as quais criam um dos fenômenos mais recorrentes de qualquer sociedade: o “nosso” conflito. Isso porque o homem mantém, como resquício animal, a ideia de propriedade, “o meu e o teu”, representado pelo desejo em obter bem material ou imaterial, mas que pela barreira da escassez ou, pela incompatibilidade no desejo do outro, encontra o impedimento.

Segundo afirma Fritjof Capra, a “capacidade de afirmação das preferências eleitas por determinadas emoções que geram as escolhas é o que origina, na sociedade, inevitavelmente, os conflitos de interesses.”<sup>23</sup> Neste contexto é que se percebe o equilíbrio dos “vetores

---

<sup>22</sup> DAHRENDORF, Ralf. **Sociedade e liberdade**. Brasília. Ed. Universidade de Brasília, 1981, p. 130.

<sup>23</sup> CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. São Paulo: Cultrix, 2005. p. 44.



do poder”<sup>24</sup> para além do “meu e teu” do “para frente e para trás, o toma/larga, puxa/empurra, toma/dá”<sup>25</sup>, no qual nenhuma das partes tem poder suficiente para eliminar o combate. Corroborando com esta definição, Kenneth Boulding estabelece que o conflito individual revela-se na “situação de concorrência, na qual as partes estão conscientes da incompatibilidade de futuras posições potenciais, e na qual cada uma delas deseja ocupar uma posição incompatível com os desejos da outra.”<sup>26</sup> (tradução nossa).

Em que pese polissêmico do ponto de vista terminológico, o conflito intersubjetivo só pode ser compreendido na sua efetividade e importância, quando inserido na história da humanidade, tendo em vista que se impõe como fator do processo universal dos homens e das sociedades.<sup>27</sup> Etimologicamente derivado do latim *conflictu*, a palavra engloba a ideia de choque ou contraposição. Este é o elemento: a negação da cooperação e a oposição composta pela vontade volitiva, cujo objeto é o enfrentamento com o outro, ou seja, o conflito rompe a resistência do outro e domina a expectativa alheia.<sup>28</sup>

A conceituação do conflito não é tarefa típica da Ciência Jurídica, pois, conforme explicado anteriormente, ele provém substancialmente da sociologia e modernamente da psicologia, porém, para fins de “estabilização”<sup>29</sup>, o ordenamento jurídico apresenta os termos lide e litígio.

---

<sup>24</sup> RUMMEL, Rudolph J. **Understanding conflict and war**. New York: John Wiley and Sons, 1976. v. 2, p. 234.

<sup>25</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. **O Estado-jurisdicção em crise e a instituição do consenso**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2007. 476 f. Tese — Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007. p. 261.

<sup>26</sup> Original: “competition situation, where the parties are aware of the incompatibility of potential future positions, and in which each want to take up a position incompatible with the wishes of the other”. Ver em: BOULDING, Kenneth Ewart. **Conflict and defense**: a general theory. Nova York: Harper and Row; 1962. p. 3.

<sup>27</sup> Acompanha: DAHRENDORF, 1981, p. 82.

<sup>28</sup> Nesse seguimento: FREUND, Julien. **Sociología del conflicto**. Traducción de Juan Guerrero Roiz de la Parra. Madri: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica. D.L., 1995, p. 58.

<sup>29</sup> Como recorte terminológico, é empregado o termo “estabilização” dos conflitos e não “resolução”, encerramento (definitivo) das contendas, em apologia ao sentido de Luis Alberto Warat que compreende que os “conflitos

As expressões conflito, litígio e lide são empregadas como sinônimas. Na clássica definição de Francesco Carnelutti, a lide ou litígio é “o conflito (intersubjetivo) de interesse qualificado por uma pretensão resistida.”<sup>30</sup> Todavia, considera-se coerente adotar o termo litígio apenas como manifestação da lide, resguardando a noção de conflito para conotação mais ampla, como qualquer embate de interesses, ainda que não tenha sido manifestada a pretensão resistida.

Utiliza-se, no estudo que ora se apresenta, o termo conflito no sentido amplo, pois o fenômeno inclui os “conflitos latentes”<sup>31</sup>, nas quais as tensões básicas não se convertem em conflito; os “emergentes”<sup>32</sup>, referentes às disputas nas quais as partes reconhecem o problema, mas, ainda, não estabelecem a busca pela solução; e, ainda, os ditos “ocultos”<sup>33</sup>, os quais conduzem ao tratamento consciente de que as causas podem, no máximo, ser tratadas, e não encerradas.

A guisa de exemplo, o mecanismo da autocomposição correspondente à mediação<sup>34</sup> é útil não apenas para estabilizar os conflitos manifestos, de lide, mas igualmente os latentes, emergentes e os ocultos, os quais normalmente não são apresentados *ab initio* pelos envolvidos. Assim, para que as partes concluam acordos satisfatórios é preciso adentrar na essência do conflito, conduzindo o agir estratégico baseado na colaboração e criando estratégias cooperativas para que ambas tenham resultado diferente de zero.

Além do termo amplo sobre conflito, compreende-se o embate como a situação intrínseca ao ser humano, mas no qual “duas pessoas tem que desenvolver estratégias para maximizar seus ganhos de acordo

nunca desaparecem, se transformam [...]” Para maiores informações: WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 31.

<sup>30</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1, p. 78.

<sup>31</sup> MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para resolução dos conflitos**. 2. ed. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 47.

<sup>32</sup> MOORE, loc. cit.

<sup>33</sup> Em referência ao entendimento de Luis Alberto Warat: “muitas coisas em um conflito estão ocultas, mas podemos senti-las (...)”. Para maior aprofundamento: WARAT, 2001, p. 31.

<sup>34</sup> Para exequibilidade do acesso à justiça, objeto da presente dissertação, defende-se como novo paradigma a maximização da mediação em contraposição à minimização do papel heterocompositivo do Processo Civil.

com certas regras preestabelecidas.”<sup>35</sup> Isso porque o Direito se depara com situações na qual a “decisão ótima depende da escolha do outro agente e que, por isso, as pessoas precisarão decidir qual a estratégia será adotada.”<sup>36</sup> Neste contexto, a ausência de uma figura institucional protecionista dá margem para que os homens lutem entre si, mantendo-os mergulhados num estado beligerante. Como recorda Norberto Bobbio “onde não existe uma lei superior eficaz, não há um critério para distinguir a força lícita da ilícita; a ilícita é sempre a do outro.”<sup>37</sup>

Dessa forma, Bobbio explica que o evento decisivo para conter os impulsos primitivos do homem é o “pacto inicial de não agressão”<sup>38</sup>, segundo o qual as partes renunciam ao uso da força recíproca, cujo objetivo somente é alcançado quando a proibição de recorrer à força é transferida e garantida por outrem. Assim, a constituição do poder comum, acima das partes, requer a presença do terceiro ativo representado pela figura institucional do “imparcial terceiro super partes”<sup>39</sup>, podendo ser reconhecido na figura Estatal enquanto juiz, árbitro ou mediador.

Portanto, como escreveu Jean Paul Sartre, enquanto o “inferno continuar sendo o outro”<sup>40</sup>, ou melhor, uma outra pessoa, a única fórmula encontrada pela sociedade para estabilizar os inevitáveis conflitos se dá mediante a formação do poder comum acima das partes. A construção do poder superior, segundo a fundamentação em Thomas Hobbes, permite a passagem do estado primitivo de natureza para criação abstrata do ente político, Estado civil, legitimando a ele o uso da força e a submissão da obediência aos seus ditames.<sup>41</sup>

## 2.2 DO ESTADO DE NATUREZA À SOCIEDADE CIVIL: O MODELO CONTRATUALISTA DE THOMAS HOBBS

---

<sup>35</sup> LIKERT, Jane Gibson; LIKERT, Rensis. **Administração de conflitos**: novas abordagens. São Paulo: MacGraw-Hill, 1980, p. 8.

<sup>36</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 56.

<sup>37</sup> BOBBIO, 2009, p. 230.

<sup>38</sup> Ibid., p. 248.

<sup>39</sup> BOBBIO, 2009, p. 42.

<sup>40</sup> SARTRE, Jean Paul. **Entre quatro paredes**. Tradução: Alcione Araújo e Pedro Hussak. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2007, p. 32

<sup>41</sup> Assim pensa: HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

A tensão existente entre a vontade de “dominar e de defender-se da dominação”<sup>42</sup>, assim como o dualismo “amigo x inimigo”<sup>43</sup> nas relações intersubjetivas conduzem à perfectibilização do meu e o teu como o nosso conflito, cuja existência, desde o estado de natureza à sociedade civil, transparece na maioria das ações humanas como antítese absoluta da vitória de um sobre o outro.

A expressão “estado de natureza” conota a situação abstrata na qual os homens teriam vivido antes de se constituírem em sociedade. Período este marcado pela ausência de organização do poder, mas cuja passagem à sociedade civil pressupõe a formulação do pacto ou contrato com regras de convívio social e submissão das partes ao ente político.

A perspectiva hipotética do estado de natureza foi explicada por filósofos denominados de “contratualistas”<sup>44</sup>, que, embora tenham partido de concepções diametralmente opostas quanto à condição humana e os motivos legitimadores do pacto, apresentam como ponto convergente a afirmação de que a “origem do Estado e da sociedade civil está fundada num contrato.”<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Frammenti postumi 1887-1888**. Milão: Adelphi, 1971, p. 255-256.

<sup>43</sup> O autor Carl Schmitt, na obra *O Conceito do Político*, definiu a política como a esfera das relações humanas passíveis de serem inscritas no binômio “amigo-inimigo”, na qual o inimigo é por definição aquele que deve ser eliminado para que o amigo possa sobreviver. Para aprofundar o tema: SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Tradução de Alvaro L. M. Valls. Rio de Janeiro: Vozes, 1992, p. 10.

<sup>44</sup> Destacam-se como autores considerados contratualistas: Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau e John Locke. Para Thomas Hobbes, os conflitos humanos ocorrem em função do homem ser naturalmente egoísta e, por consequência, o que legitimaria o pacto seria a troca da situação de guerra pela segurança. (HOBBS, 1983, p. 74). Em outra via, para Jean-Jacques Rousseau, os conflitos humanos são próprios da vida em sociedade, já que no estado de natureza o homem é livre e bom, razão pela qual o contrato social serve para devolver ao homem a liberdade antes por ele usufruída. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. 3. ed. São Paulo: Abril, 1983, p. 39). E, por fim, para John Locke, no estado de natureza prepondera a razão, cabendo a cada um o que é seu, de modo que o contrato social serve somente para conservar o correspondente direito de propriedade. (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 54).

<sup>45</sup> RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco Correia (Org.). **Os clássicos da política**. Ed. Ática, 1989. v.1, 1989, p. 53.

Dentre os teóricos que estudaram a tríade: estado natureza – pacto – sociedade civil, o recorte metodológico se dá pela linha contratualista de Thomas Hobbes<sup>46</sup>, na qual o homem natural “não é um selvagem, mas é o mesmo que vive em sociedade”<sup>47</sup>, porém, a característica que lhe é peculiar trata da igualdade na capacidade do corpo e do espírito, conforme os escritos do autor:

A natureza fez os homens tão iguais quanto às faculdades do corpo e do espírito que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que o outro, entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar, tal como ele. Porque quanto à força corporal o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, quer por secreta maquinação, quer aliando-se com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo.<sup>48</sup>

Da condição de similitude, “iguais o bastante para que nenhum possa triunfar de maneira total sobre o outro”<sup>49</sup>, pode o mais fraco fisicamente, valendo-se da sua astúcia, dominar o mais forte, já que todos tem “a esperança de alcançarem seus intentos.”<sup>50</sup> Se há igual esperança na realização dos desejos, há também um conflito natural: dois ou mais indivíduos não podem alcançar a mesma coisa desejada, tornando-os então, necessariamente, inimigos, segundo explica o autor:

Portanto, se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo em que é impossível ela ser

---

<sup>46</sup> Orienta-se por Thomas Hobbes em razão do enfrentamento, no terceiro Capítulo, quanto às decisões racionais de cooperar ou não com a outra parte por meio da teoria dos jogos. Pressupõe-se que o pacto somente será eficaz se o participante estiver seguro de que o outro também cumprirá a sua promessa, já que no âmago da natureza humana prevalece a satisfação dos impulsos – egoísmo, individualismo, competição - para conservação da vida.

<sup>47</sup> RIBEIRO, loc. cit., p. 54.

<sup>48</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 107.

<sup>49</sup> RIBEIRO, op. cit., p. 55.

<sup>50</sup> SILVA, Juvêncio Borges da; TAVARES NETO, José Querino. Thomas Hobbes e os fundamentos do estado absolutista. In: MEZZARROBA, Orides (Org.). **Humanismo político**: presença humanista no transversal do pensamento político. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 159.

gozada por ambos, eles tornam-se inimigos. E no caminho para seu fim (que é principalmente sua própria conservação, e às vezes apenas seu deleite) esforçam-se por se destruir ou subjugar um ao outro. E disto se segue que, quando um invasor nada mais tem a recear do que o poder de um único outro homem, se alguém planta, semeia, constrói ou possui um lugar conveniente, é provavelmente de esperar que outros venham preparados com forças conjugadas, para desapossá-lo e privá-lo, não apenas do fruto do seu trabalho, mas também de sua vida e de sua liberdade. Por sua vez, o invasor ficará no mesmo perigo em relação aos outros.<sup>51</sup>

Assim, a conservação da vida para a realização dos desejos leva o ser humano a subjugar o outro como forma de antecipação de conquista, sendo melhor atacar antes para que o outro não o faça. Em razão disso, o homem se torna opaco aos olhos do seu semelhante, pois, se não sabe o que o outro deseja, ele passa a supor. Ocorre que o outro também não sabe e também é forçado a supor os desejos do primeiro, razão pela qual carece neste estado de natureza, o Direito.

Das suposições recíprocas, até porque uma das características dos indivíduos é a desconfiança e a competitividade, decorre que o mais razoável para cada um é atacar o outro, seja para vencê-lo ou para evitar uma possível agressão, instaurando-se o *bellum ominia* contra *omnium* (guerra de todos contra todos)<sup>52</sup>. Comentando a expressão, Norberto Bobbio destaca que a hipérbole serve somente para “compreender que se trata de um estado intolerável, do qual o homem deve sair mais cedo ou mais tarde, se é que deseja salvar o que tem de mais precioso, a vida.”<sup>53</sup> Então, o que Hobbes propõe é o exame de consciência máxima do “conhece-te a ti mesmo”<sup>54</sup>, no sentido de afastar-se da concepção Aristotélica do homem como *zoon politikon* pelo qual o “homem naturalmente viveria em sociedade - animal social, desenvolvendo todas as suas potencialidades dentro do Estado”<sup>55</sup>, pois este sentido é a

---

<sup>51</sup> HOBBS, 2000, p. 108.

<sup>52</sup> Ibid., p. 109.

<sup>53</sup> BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 38.

<sup>54</sup> PESSANHA, José Américo Motta. **Os pensadores: Sócrates**. Tradução de Jaime Bruna, Libero Rangel de Andrade e Gilda Maria Reale Strazynski. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 28.

<sup>55</sup> ARISTÓTELES. **Política**. 3. ed. Brasília: Unb, 1997, p. 15.

“convicção da maioria das pessoas que preferem fechar os olhos à tensão que há na convivência com os demais homens e conceber a relação social como harmônica.”<sup>56</sup>

No estado de natureza, o homem se torna lobo para o outro homem, num verdadeiro clima de guerra, de barbárie, no qual não existe a organização do poder, e, por conseguinte, o que resta é o uso da força pela constante luta entre fortes e fracos. A causa da discórdia está na própria natureza humana marcada pela competição, na qual se ataca ao outro com o escopo do lucro; desconfiança, em que se agride com o escopo de alcançar a segurança; e na glória, pela qual se violenta pelo poder.<sup>57</sup> Assim, eis o ser humano do estado de natureza, segundo Hobbes e, quem pode livrá-lo desta nefasta condição e garantir suas conquistas pondo termo ao conflito é a sociedade civil, porque ela legitima o uso da força e garante a legalização deste estado pelo Direito.

Logo, os homens pelo medo de morrer violentamente, por comum acordo no pacto ou contrato social, trocam parte da sua liberdade deslocando-a ao poder instituído que tem a função primária de garantir o direito à vida e à segurança. Hobbes concebe a sociedade como sendo o resultado do contrato ou pacto firmado pelos homens por meio do qual eles renunciam aos seus direitos em favor de um único homem ou conselho, o qual passaria a governar sobre eles, conforme expressa:

A submissão das vontades de todos os homens à vontade de um ou de um conselho, produz-se quando cada homem está obrigado, por um contrato, para com todos os outros, a não resistir à vontade daquele homem ou conselho a quem se submeteu, ou seja, que não recusará o uso da riqueza e força deste contra qualquer outro (porque ainda é suposto que conservará o direito de defender-se contra a violência); e chamamos isso por união.<sup>58</sup>

O próprio autor Hobbes descreve o conteúdo deste pacto:

Isto é mais do que o consentimento, ou a concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realidade por um pacto de cada homem com todos os homens, de

---

<sup>56</sup> RIBEIRO, 1989, p. 57.

<sup>57</sup> Nesse sentido: HOBBS, 2000, p. 109.

<sup>58</sup> HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 87-88

modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: *cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações*. Feito isto, à multidão assim única numa só pessoa se chama *Estado*, em latim *civitas*.<sup>59</sup> (grifo no original).

O homem não é naturalmente sociável como previu Aristóteles, tendo em vista que não vive espontaneamente em sociedade, pois o pacto firmado é tão artificial, servindo apenas para preservação da vida que se encontra ameaçada.

Diferentemente do estado de natureza em que prevalece a guerra em razão da ausência do Direito, no estado civil existe a presença de leis positivas para o sistema ser válido e eficaz. Trata-se, portanto, daquilo que Bobbio chama de “um estado pacífico exatamente porque é um estado jurídico e, a passagem de um estado ao outro ocorre por um ato jurídico que é o contrato.”<sup>60</sup> A base jurídica ou o contrato social assegura o juramento a ser praticado como promessa, não garantindo efetivamente o seu cumprimento, pois “os pactos que não descansam sobre a espada nada mais significam do que palavras sem força para proteger efetivamente o homem”<sup>61</sup>, e, por este motivo, o estado de natureza induz à formação do pacto e a criação do “admirável mundo novo”<sup>62</sup> da sociedade civil.

Entretanto, não basta o fundamento jurídico, considerando-se que é necessária existência da autoridade política dotada do poder absoluto e com força para impor aos homens o respeito. Desse modo, o ente político capaz de garantir o cumprimento das promessas é

---

<sup>59</sup> HOBBS, 2000, p. 144

<sup>60</sup> BOBBIO, 2009, p.160.

<sup>61</sup> HOBBS, 2000, p. 163.

<sup>62</sup> Emprega-se o título do livro escrito por Aldous Huxley, apenas como metáfora para compreender a passagem do estado de natureza e a criação de um “novo mundo” que é a sociedade civil, sem descuidar, no entanto, que o sentido empregado originalmente na obra é diverso. No livro, o objeto em estudo é a sociedade capitalista, industrial e tecnológica, em que a racionalidade se tornou a nova religião, em que a ciência é o novo ídolo, um mundo no qual a experiência do sujeito não parece mais fazer nenhum sentido. Para maiores esclarecimentos, observar: HUXLEY, Aldous. **Admirável Mundo Novo**. Tradução de Lino Vallandro e Vidal Serrano. 5. ed. Porto Alegre: Globo, 1979.



representado na obra de Hobbes pela figura colossal de um homem ou Deus artificial, o chamado Leviatã, cuja metáfora representa a figura bíblica encontrada no Livro de Jó como “um animal monstruoso e cruel, mas que de certa forma defende os peixes menores e representa o Estado, um gigante cuja carne é a mesma de todos os que a ele delegarem cuidado de defendê-los”.<sup>63</sup>

Consequentemente, a necessidade que os homens tem de saírem da situação de temor recíproco na qual se encontravam no estado de natureza colabora com o pacto social e com a criação da figura do “monstro bom do Estado, o Leviatã, evitando cair nos braços do monstro mau da guerra civil”.<sup>64</sup> Para Hobbes, a manutenção deste Estado absoluto é traçada pelos seguintes termos:

[...] Grande Leviatã, ou antes (para falarmos em termos mais reverentes) aquele Deus Mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa. Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país, e da ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros. É nele que consiste a essência do Estado, a qual pode ser assim definida: *Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.*<sup>65</sup> (grifo no original).

A finalidade principal da construção do Leviatã é a instauração de uma ordem que possa suplantar a guerra civil com todas as desgraças dela decorrente. Isso porque, o Estado, dotado de poder indivisível e absoluto, mantém temerosos os súditos que se submetem a este poder comum, renunciando à igualdade e aceitando a nova situação na qual exista ordem, proteção à vida e segurança, diferentemente da experiência vivida no estado de natureza.

---

<sup>63</sup> ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando**. São Paulo: Moderna, 1993, p. 241.

<sup>64</sup> BOBBIO, 2009, p. 61.

<sup>65</sup> HOBBS, op. cit., p. 144.

A representação do Estado como o corpo em grande escala - homem artificial - implica em reconhecer que a única fonte do direito é a vontade do soberano, isto é, se o Estado passa a ser absoluto em seu poder, a estabilização dos conflitos, antes amparada na autotutela, também é confiada ao terceiro (Estado) que detém a força legítima.<sup>66</sup> Neste modelo individualista – autoritário, a ordem é incompatível com a expressão de “desacordos, e a estabilização dos conflitos sociais, resultante das tendências egoístas dos homens em iguais capacidades, vem da ordem externa e absoluta”.<sup>67</sup>

Desta forma, no estado de natureza, os indivíduos passam como sombras, mas, na sociedade civil, o Estado é fixo e estável, razão pela qual o Leviatã assume para si o monopólio da violência legítima, tendo como uma das suas funções tratar os conflitos que lhe são expostos. Os desdobramentos da pretensa natureza humana, arraigada nas disputas, encontra, no uso legítimo da força pelo Estado, a técnica para estabilizá-las. Assim, a sociedade civil é a filha rebelde do estado de natureza, e o Direito, porque umbilicalmente ligado ao Estado e à Lei, legitima a força do soberano para dominar a convivência desarmônica dos indivíduos.

A partir desse contexto, a formação do homem contemporâneo em nada se distancia da abordagem do estado de natureza Hobbesiano na medida em que a competição ainda se mostra como a mola propulsora dos seus ideais, já que abandonar o combate é algo próximo da morte ou é como “perder o apetite do desejo.”<sup>68</sup>

Portanto, esta Seção recorreu, por analogia ao pensamento de Hobbes, ao estado de natureza que conduz ao medo e ao risco da guerra de todos contra todos, criando o contrato social e a formação do Estado, Leviatã, como o escopo de demonstrar os motivos da formação do terceiro, ente estatal, o qual detém a força legítima para estabilizar os conflitos.

---

<sup>66</sup> Nesse sentido, acompanha: FRIEDRICH, Carl Joachim. **Perspectiva histórica da filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Zahar, 1965, p. 101.

<sup>67</sup> BIRNDAUM, Pierri. Conflitos. In: BOUDON, Raymundo (Coor.). **Tratado de Sociologia**. Tradução de Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995, p. 250.

<sup>68</sup> FREUD, Sigmund. **O mal estar da civilização**. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 36.

### 2.3 A FUNÇÃO DE ESTABILIZAÇÃO DOS CONFLITOS E O MONÓPOLIO DA FORÇA LEGÍTIMA PELO ESTADO

A dinâmica social confirma a carga imperativa presente no discurso teórico de Hobbes de que a necessidade em manter segurança nas relações intersubjetivas impulsiona à construção da sociedade civil. Desta sociabilidade surgem fenômenos de subordinação e dominação, componentes essenciais do estado de natureza Hobbesiano, de guerra de todos contra todos. Isso porque, nas formas de relacionamento humano, segundo Fábio Alexandre Coelho, as pessoas se “encontram em posições antagônicas, porém, com o objetivo de disputar o mesmo bem limitado, surgindo, assim, o que se denomina conflito.”<sup>69</sup>

Encontrando-se em um mundo hostil em relação aos seus semelhantes, o homem busca reagir inventando técnicas de sobrevivência por sistemas de regras que pretendem reduzir os impulsos agressivos. Com efeito, se não existissem relações entre os indivíduos, os conflitos não emergiriam, e, por consequência, dispensável a normatividade para disciplinar o comportamento humano. Assim, notas incontestáveis do ordenamento jurídico são o seu caráter humano e social, porque ele existe em razão dos homens que se relacionam entre si, o que pressupõe que “nunca existiu sociedade sem direito.”<sup>70</sup>

Em consonância, o brocado latino: *ubi societas, ibi ius*, traduzindo-se, “onde há sociedade há direito”, demonstra que o fenômeno jurídico também se torna produto da realidade complexa e dinâmica que é a vida social, na conjugação de que “ele é enquanto vai sendo.”<sup>71</sup> Neste sentido, Antonio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco<sup>72</sup> defendem que Direito e sociedade são conceitos conexos na perspectiva de que a ordem jurídica impõe sobre a comunidade sua função coordenadora. No entanto, não se oblitere que Direito não representa apenas os fatos, tampouco a norma,

---

<sup>69</sup> COELHO, Fábio Alexandre. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 6-7.

<sup>70</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução do Estudo do Direito**. São Paulo: RT, 2003, p. 35.

<sup>71</sup> LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2003, p. 12.

<sup>72</sup> ARAÚJO, Antonio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 25.

pois, compreende a junção “tridimensional dos elementos fato, norma e valor.”<sup>73</sup>

Desse modo, na fase primitiva da autotutela, para o lema da imposição do mais forte sobre o mais fraco, de maneira que neste cenário prevalece tão somente a desigualdade para fazer valer o suposto direito violado. Todavia, chega-se no estágio em que os cidadãos conferem a um ente (Estado), por meio da convenção, o poder de criar regras para pacificar os anseios sociais, bem como substituir as suas vontades, impondo uma decisão que encerre o conflito. Assim, a função estatal de estabilizar os conflitos, sacralizada pela teoria contratualista, emerge como exercício da soberania por meio da técnica da decisão judicial, cuja função é restabelecer a paz social perturbada pela divergência entre os demandantes.<sup>74</sup>

A experiência jurídica doméstica a violência com base no critério de legalidade que regula o uso da força na sociedade, renunciando a relação “amigo-inimigo.” Conforme precedentes em Hobbes, o titular da força pública é o Estado, o ente político que se “caracteriza pela detenção do monopólio da violência, o que significa dizer que a violência por ele exercida é legítima.”<sup>75</sup> Nesse sentido, todo o Estado se apresenta como aparelho violento ou mecanismo da violência, tendo em vista que mantém o monopólio da violência legítima e legal.<sup>76</sup> Assim, quando se expressa que o Estado se caracteriza pela detenção do monopólio da força, exprime-se a ideia de que é titular da violência legítima, dizendo-se autêntica porque exercida por uma autoridade, a quem foi delegado esse poder e legal porque exercida dentro dos limites que a regulam. Essas afirmações provêm desde os escritos do autor Marx Weber:

Se não existissem instituições sociais que conhecessem o uso da violência, então o conceito de “Estado” seria eliminado, e surgiria uma situação que poderíamos designar como “anarquia”, no sentido específico da palavra. É

---

<sup>73</sup> REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

<sup>74</sup> Nesta perspectiva, corrobora: PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 33.

<sup>75</sup> BOBBIO, 2009, p. 192.

<sup>76</sup> Seguindo esse entendimento: SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica: introdução e leitura externa do direito**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

claro que a força não é, certamente, o meio normal, nem o único, do Estado — ninguém o afirma — mas um meio específico ao Estado. Hoje, as relações entre o Estado e a violência são especialmente íntimas. Hoje, porém, temos de dizer que o Estado é uma comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado território. O Estado é considerado como a única fonte do “direito” de usar a violência. O Estado é uma relação de homens dominando homens, relação mantida por meio da violência legítima (isto é, considerada como legítima). Para que o Estado exista, os dominados devem obedecer à autoridade alegada pelos detentores do poder.<sup>77</sup>

A instituição política do Estado exerce o monopólio legítimo do uso da força para realizar as ordens vigentes, sendo considerada a fonte de coação e da obediência, ou, segundo Hans Kelsen, a “ordem jurídica possui o monopólio da coação e o estado moderno representa uma ordem jurídica centralizada no mais elevado grau.”<sup>78</sup>

De Thomas Hobbes à Max Weber, percebe-se que o detentor da força legítima é o Estado, cuja função de estabilização dos conflitos se perfaz no monopólio “que, não seria mais, segundo a definição, violência, porque tem medidas pré-estabelecidas.”<sup>79</sup> Com o fortalecimento do Estado, enquanto ente abstrato dotado de capacidade de organização política institucional, sucede-se o incremento da sua autoridade na disciplina das relações privadas e, por consequência, surge a importância da jurisdição contenciosa<sup>80</sup>, “enquanto poder em que o

---

<sup>77</sup> WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. In: GERTH, H.H; WRIGHT, C (Org.). **A política como vocação**. 5. ed. Tradução: Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: JC, 1991, p. 90-120.

<sup>78</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 40-41.

<sup>79</sup> BOBBIO, op. cit., p. 193.

<sup>80</sup> A jurisdição também se classifica como voluntária, na qual não há manifestação de litígios, e os interessados por meio de diversas espécies de procedimentos, buscam o pronunciamento judicial tão somente para uma intervenção na consecução dos objetivos desejados. Tendo em vista que nessa espécie de jurisdição não há exposição das disputas, não será objeto deste trabalho. Para complemento: BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

Estado decide imperativamente, e que substitui a vontade das partes para, imparcialmente, pacificar as controvérsias.”<sup>81</sup>

No entanto, na medida em que o dever e o direito não se realizam pelo espontâneo reconhecimento do obrigado, o titular, impedido de agir por seus próprios meios; pela autotutela, dirigir-se-á aos órgãos estatais a fim de que a ordem jurídica promova a sua realização. Comentando sobre o direito de buscar a ordem jurídica, Horácio Wanderlei Rodrigues explica:

[...] Para que o Estado possa fazer valer o seu direito, quando não é ele cumprido espontaneamente, é necessária a existência de um segundo nível de normas gerais estatais: o direito processual. É através dele que o Estado atua o seu direito material perante casos concretos. Quando esse direito processo é criado para ser utilizado no exercício da sua função jurisdicional, denomina-se ele de direito processual jurisdicional.<sup>82</sup>

No exercício público subjetivo da ação, o agir do cidadão é contra o Estado para que este, após a realização do devido processo legal e, sob a rubrica da coisa julgada pelo Processo Civil torne estável o conflito.

A estabilização do multifacetado interesse coexistente em sociedade pelo Estado foi delegada ao Poder Judiciário que, substituindo a vontade das partes numa série de atos que se interligam, torna, “aparentemente”,<sup>83</sup> estável o conflito, por meio da autoridade definitiva, imutável e indiscutível, da coisa julgada. Desse modo, o Órgão do Poder Judiciário exerce a função da jurisdição, que consiste primordialmente em resolver os conflitos por meio da aplicação da solução prevista abstratamente pelo sistema jurídico. Especificamente, a jurisdição diz o direito pela dogmática do Processo Civil, cujo instrumento, na linguagem jurídica, designa normas de atuação por meio de atos, procedimentos, que conduzem à aplicação das normas com o objetivo de solucionar algum tipo de conflito de interesse.<sup>84</sup>

<sup>81</sup> ARAÚJO; DINAMARCO; GRINOVER, 2006, p. 125.

<sup>82</sup> RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 28.

<sup>83</sup> Diga-se, aparentemente, visto que o sistema jurídico prevê mecanismos de rescindibilidade dos julgados (ação rescisória) e de hipóteses de desconsideração da coisa julgada quando declarada inconstitucional.

<sup>84</sup> Nesse sentido: ALVIM, Thereza. **O direito processual de estar em juízo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 12.

Como controle social dos conflitos, a função heterocompositiva do Estado, por meio do Processo Civil, é destinada, segundo Elio Fazzalari, a estabilizar o conflito de interesses pela dialética do contraditório:

O conflito de interesses (ou o modo de valorar um interesse) poderá constituir a razão pela qual a norma faz com que se desenvolva uma atividade mediante processo, mas no máximo se pode falar de processo enquanto constatem *ex positivo iure*, a estrutura e o desenvolvimento dialético acima ilustrado. Na ausência de tal estrutura, é vão indagar acerca de um atual ou eventual conflito de interesses: onde é ausente o contraditório – isto é, onde inexistente a possibilidade prevista pela norma, de que ele se realize – não existe processo.<sup>85</sup>

Na dialética do contraditório supõe-se, necessariamente, para perfeita integração da relação processual, a dualidade de participantes - autor e réu – numa “batalha em que as partes poderão vencer ou perder, mas não querem desistir do confronto, muitas vezes não em razão do direito posto, mas simplesmente pela contraparte.”<sup>86</sup>

Em razão da atividade de tratar os embates ter sido delegada ao Estado que incorporou a “oferta monopolística de justiça pelo sistema de jurisdição”<sup>87</sup> é que se estabeleceu constitucionalmente o art. 5º XXXV<sup>88</sup>, da Constituição da República Federativa do Brasil/1988 (CRFB), como a máxima de que nenhuma lesão ou ameaça do direito será afastada da apreciação pelo Poder Judiciário, criando-se, a partir disso, o pseudo paradigma cultural de que o Ente, enquanto Estado Juiz, detém isoladamente a competência para tratar os conflitos.

---

<sup>85</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118-120.

<sup>86</sup> SPENGLER, 2007, p. 388.

<sup>87</sup> RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. Trad. de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 104.

<sup>88</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 05 set. 2015.

## 2.4 O PSEUDO PARADIGMA DO DIREITO: ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO RECONHECIDO CULTURALMENTE COMO ÚNICA VIA DE ACESSO À JUSTIÇA

Partindo do modelo de contrato social em Hobbes, a sociedade submetida ao estado de natureza de guerra de todos contra todos, em troca da segurança, transfere parcela da sua liberdade para uma organização estrutural vinculada ao Poder Soberano. Consequentemente, o contrato social fez nascer a República e com ela a democracia, determinando o surgimento de regras de racionalização das disputas, momento a partir do qual o “Leviatã” tomou para si o monopólio da força legítima e, delegando ao Poder Judiciário.

Ao transferir a tarefa de tratamento dos conflitos ao Poder Judiciário, o cidadão “ganha, de um lado, o controle da justiça privada, evitando-se os excessos pessoais, mas perde, por outro, a possibilidade de tratar seus conflitos de modo mais autônomo”.<sup>89</sup> Ainda que o mencionado Poder Judiciário negue a subsistência das controvérsias entre os homens numa tentativa vã de rejeitar o conflito como elemento intrínseco a existência de qualquer sociedade, os litigantes permanecem unidos pela crença da organização Estatal como única fonte de estabilização das contendas.

No caso Brasileiro, a norma prevista no art. 5º XXXV (CRFB) assegura que nenhuma lesão ou ameaça do Direito será afastada da apreciação pelo Poder Judiciário, impulsionando qualquer pessoa a qual se sinta violada, ou ameaçada, em seus direitos a recorrer ao Estado Juiz. Paradoxalmente, no entanto, a referida garantia cria o conjunto de suposições sobre a realidade, modelo ou padrão aceito, que explica determinado dado real naquilo em que Thomas Samuel Kuhn denomina como “paradigma”:

A tentativa de descobrir a fonte dessa diferença levou-me ao reconhecimento do papel desempenhado na pesquisa científica por aquilo que, desde então, chamo de “paradigmas”. Considero “paradigmas” as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência. Quando esta peça do meu quebra-cabeça

---

<sup>89</sup> Nesse sentido: SPENGLER, 2007.



encaixou no seu lugar, um esboço preliminar deste ensaio emergiu rapidamente.<sup>90</sup>

Acrescenta-se a este conceito a noção de que paradigma se constitui, também, do “conjunto de certezas sociais, que variam de sociedade para sociedade e modificadas de tempos em tempos, conforme a evolução compartilhada e corresponde ao pensamento da maioria, dando-lhes o caráter de verdade.”<sup>91</sup>

Adaptando esta noção de paradigma à “Ciência do Direito”<sup>92</sup>, a estrutura social encontra no precedente da lei, a técnica para disciplinar as relações, apresentando, atualmente, como modelo, à expectativa agigantada nos pronunciamentos jurisdicionais, perceptível, sobretudo, pelo fenômeno da judicialização das relações sociais. Enquanto monopólio estatal na distribuição de justiça, a jurisdição tem sido praticamente o único meio buscado pelos indivíduos no tratamento das suas contendas, “estando a sociedade brasileira acostumada e acomodada ao litígio e ao célebre pressuposto básico de que a justiça só se alcança a partir de uma decisão proferida pelo juiz togado”<sup>93</sup>, isto é, na chamada: “cultura da sentença.”<sup>94</sup> Dessa forma, emerge a supervalorização do Poder Judiciário, segundo Vera Regina Pereira de Andrade:

Um poder judiciário independente e autônomo, signo da neutralidade ideológica que, lhe assegurando a serena condição de árbitro

---

<sup>90</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1982, p 13.

<sup>91</sup> BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação e o conflito. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGASTRA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. 2 reimp. São Paulo: Atlas, 2008, p. 64.

<sup>92</sup> O Direito pode ser analisado em termos científicos pelo modelo explicativo da função de julgamento corporificada no Poder Judiciário, ou a Ciência do Direito como teoria da decisão, conforme aprofunda o autor Tércio Sampaio Ferraz Junior em sua obra: **A ciência do Direito**. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 87.

<sup>93</sup> BRAGA NETO, 2008, p. 64.

<sup>94</sup> WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGASTRA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. 2 reimp.. São Paulo: Atlas, 2008, p.7.

imparcial dos conflitos (interindividuais) e da segura aplicação da lei, garantidora dos direitos individuais, replicava a confortável separação liberal entre poder (o legislativo) e Direito (o judiciário despolitizado). Dessa forma, o poder judiciário emerge, na modernidade, como portador de um conjunto de promessas ou funções declaradas vinculadas ao pilar da emancipação (defesa de interesses e direitos, justiça, solução de conflitos) e esta discursividade de um poder a serviço do homem, constitui o horizonte ideológico sob o qual se desenvolve até hoje a sua legitimação, e o horizonte simbólico, sub cujos potenciais infindáveis lutas pela efetividade dos direitos humanos e da cidadania tem sido travados, com um impacto cotidiano sobre vidas humanas, que não é possível contabilizar.<sup>95</sup>

O Poder Judiciário enquanto instituição torna-se o braço da regulação social e da reprodução das estruturas sociais, um dos “atores”<sup>96</sup> mais demandados do início deste Século, pois chamado a concretizar as promessas sonegadas no sistema político, induzindo a crescente litigância e o aumento no número de demandas repetitivas. Tal estrutura paradigmática acirra, portanto, a identificação cultural do Direito em recorrer ao Poder Judiciário como sinônimo do acesso à justiça, enfraquecendo o conteúdo teórico deste e mergulhando aquele num “flagrante descompasso entre a procura e a oferta (crise de litigiosidade) e na incapacidade de dar respostas céleres aos litígios (crise de morosidade).”<sup>97</sup> Trata-se de pseudo paradigma porque reduz o

---

<sup>95</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A colonização da justiça pela justiça penal: potencialidades e limites do Judiciário na era da globalização neoliberal. **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 1-11, jan./jun. 2006, p. 3 e 4.

<sup>96</sup> Desde já, utiliza-se a expressão “atores jurídicos” para se referir aqueles que atuam na área do Direito: juízes, promotores, defensores, procuradores, delegados, advogados, professores e servidores da justiça, como seres capazes de protagonizar a transformação da realidade social, ao invés de “operadores do direito” em razão da crítica Waratiana de que o direito não deve ser “operado” como se fosse uma máquina (formalismo jurídico). WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade**. Florianópolis: Fundação Boietux, 2004.

<sup>97</sup> FARIA, José Eduardo. **O poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1996, p. 11.

acesso à justiça à tutela jurisdicional, compreendendo o direito à estabilização dos conflitos apenas pela via institucionalizada.

A “cultura da litigância” reflete a distorção e a carga negativa e anormal do conflito, de forma que a ideia geral inserida no (in)consciente imaginário do coletivo é que “todo e qualquer conflito necessita ser judicializado e resolvido sob a forma de uma solução adjudicada, dotada de força estatal imperativa e coercitiva, fundada na lógica do “vencedor x perdedor.”<sup>98</sup>

O pseudo sentimento de proteção da cidadania trouxe consigo o mito do Tribunal de “Hércules”<sup>99</sup>, isto é, aquele Poder Judiciário que ditará quem será o vencedor e o perdedor e determinará o encerramento dos conflitos, resistindo à práxis pacificadora do “ganhador x ganhador”.

Entretanto, não se pode mais aceitar uma justiça incapaz de enxergar que o uso desproporcional do direito de ação como único instrumento de salvaguardar todas as demandas, pode acarretar no seu “abuso”<sup>100</sup>, na medida em que ações abusivas ocupam as “prateleiras” do Poder Judiciário, causando “lesões ao interesse público e retardando a apreciação de questões com relevo coletivo e importantes à sociedade.”<sup>101</sup>

A fim de afastar o cenário de litigiosidade do sistema judicial, torna-se importante a defesa da solução minimamente consensuada entre as partes e o redimensionamento do tema acesso à justiça de modo a não

<sup>98</sup> SALLES, Carlos Alberto. Mecanismos alternativos de solução das controvérsias e acesso à justiça: inafastabilidade da tutela jurisdicional. In: FRUZ, Luiz (coord). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Moreira. São Paulo: 2006, p. 786.

<sup>99</sup> Parafraseando o imaginário juiz Hércules de capacidade e paciência sobre-humanas presente na obra: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. De Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 213.

<sup>100</sup> Corroborando com a ideia de que o desequilíbrio existente no acesso à justiça é fruto da abusividade, praticamente cultural, no ingresso de demandas judiciais, o autor Fábio Tenenblat argumenta: “quando se observa, com mais profundidade o conteúdo de boa parte das ações em andamento, percebe-se que o problema reside na péssima distribuição do acesso ao Poder Judiciário entre a população. A mesma justiça, que permanece praticamente desconhecida e inacessível para grande parcela do povo brasileiro, é utilizada de forma excessiva e abusiva por determinados setores da sociedade.” TENENBLAT, Fábio. Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça. **Revista CEJ**, Brasília, ano XV, n. 52, p. 23-35, 2011, p. 24.

<sup>101</sup> LUCENA FILHO, 2012, p. 19.

confundi-lo socialmente com o direito de buscar proteção apenas nos Tribunais.

## 2.5 A PASSAGEM HISTÓRICA NOS PAPÉIS DO ESTADO DE DIREITO E O MOVIMENTO AO ACESSO À JUSTIÇA

A compreensão de qualquer instituto jurídico perpassa pela contextualização histórica, tendo em vista que esta permite analisar como é que o direito atual se formou e se desenvolveu, bem como de que maneira evoluiu no decurso dos Séculos, entendendo-o não como mera criação legislativa espontânea, mas como resultado da evolução sociocultural da sociedade.<sup>102</sup>

Retomando os estudos da história, por meio dos escritos de Antonio Carlos Wolkmer, é inegável que a reiteração das fontes do passado repensa e reordena a tradição normativa, “objetivando depurar criticamente determinadas práticas sociais, fontes fundamentais e experiências culturais pretéritas que poderão, no presente, viabilizar o cenário para um processo de conscientização e emancipação.”<sup>103</sup>

Por essa premissa, para a correta apreensão do tema acesso à justiça é fundamental o estudo das diversas transformações no modelo do “Estado de Direito”<sup>104</sup>, que é a forma de organização política determinada e limitada pelo sistema jurídico, que ora se apresenta com perfil Liberal, em outro momento Social e, por fim, Democrático.

Lançam-se bases a partir deste modelo porque ambos (Estado e Direito) são complementares e interdependentes, já que aquele não define seus contornos ou poderes, pois é posto por uma ordem preexistente pelo sistema jurídico. Não obstante, na concepção jurídica

---

<sup>102</sup> Nesse sentido: GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988, p. 13.

<sup>103</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 9.

<sup>104</sup> Descreve-se historicamente, a partir do Estado de Direito, ao contrário do anterior “Estado de não Direito”, que é aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade, direitos e garantias. Para aprofundamento: CANOTILHO, Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

de Hans Kelsen, a expressão “Estado de Direito”<sup>105</sup> seria inconsistente, pois todo Estado, para ele, há de ser de direito uma vez que o autor preconiza a ideia do direito positivo como norma pura, desvinculada de qualquer conteúdo, numa noção formalista do Estado de Direito.

Em que pese tal crítica, fato é que no plano teórico há a construção do Estado de Direito a partir da segunda metade do Século XIX, no nascedouro da Alemanha, e, posteriormente, incorporado à doutrina Francesa, cuja função é transferir a soberania até então concentrada nas mãos de um só indivíduo (monarca) para o povo.<sup>106</sup>

O Estado de Direito nasce principalmente da Declaração dos Direitos do Homem, convergindo para separação dos poderes e da garantia dos direitos individuais, e opondo-se ao modelo autoritário até então vigente no regime absolutista. Assim, o exercício do poder estatal só é de direito no momento em que regulado e limitado pela lei, excluídas as formas absolutistas ou totalitaristas, ainda que nelas se possa constatar produção normativa.

Como uma das direções do Estado de Direito é a eliminação das arbitrariedades e proteção dos direitos, para Luigi Ferrajoli o Estado divide-se em “Estado Legislativo de Direito”, no qual os “poderes públicos são conferidos pela lei e exercidos nas formas e com os procedimentos por ela estabelecidos”<sup>107</sup> e, “Estado Constitucional de Direito” em que “todos os poderes, inclusive o Legislativo, estão vinculados ao respeito de princípios substanciais, estabelecidos costumeiramente por normas constitucionais, como a separação dos poderes e os direitos fundamentais.”<sup>108</sup>

O modelo de Estado Constitucional de Direito, caracteriza-se pela vinculação formal e substancial da atividade legislativa aos preceitos constitucionais, já que a Constituição deve ser entendida como a lei hierarquicamente superior à legislação ordinária e desenvolve-se desde o perfil Liberal burguês, passando pelo estágio Social, chegando, atualmente, no Democrático de Direito.

---

<sup>105</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: Introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 103 e 117.

<sup>106</sup> Nesse sentido: BOCKERFORDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el estado del derecho y la democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 18-19

<sup>107</sup> FERRAJOLI, Luigi. O Estado de direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito**. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 417.

<sup>108</sup> Ibid., p. 418.

Tais evoluções proporcionam a ruptura do paradigma formal e individualista do sistema jurídico, edificando a expressão acesso à justiça com taxionomia complexa segundo a intrínseca noção de acesso às instâncias judiciais e extrínseca, de resultados no “trinômio - qualidade, tempestividade e efetividade.”<sup>109</sup> Especificamente, a cada papel do Estado revelado pela história corresponde ao movimento de acesso à justiça que ocorre sob três enfoques: a) no sentido restrito de acesso à tutela jurisdicional referente ao paradigma cultural presente na cultura brasileira e que se pretende questionar; b) na conotação mais ampla, na qual se orienta por diversos mecanismos jurisdicionais ou não para estabilização dos conflitos, equivalente à terceira “onda” do movimento, descrita pelos autores Mauro Capelletti e Bryant Garth, sendo um dos marcos teórico da presente dissertação e; c) pela acepção integral de acesso ao rol de Direitos, isto é, a ordem jurídica justa com vistas a acessar as formas de tratamentos dos conflitos.

### **2.5.1 As concepções de Estado de Direito: Liberal, Social e Democrático**

Com o surgimento do Estado de Direito, adentra-se nos papéis desempenhados por este ente soberano ao longo da história na sociedade, iniciando-se pela estrutura hierárquica vertical do Estado de Direito Liberal.

Após a Revolução Francesa de 1789, no final do Século XVIII, que pôs fim ao Estado monárquico autoritário, institucionaliza-se o Estado Liberal, responsável pela materialização das novas relações econômicas e sociais, pelo princípio da não intervenção e pela divisão de um lado entre os capitalistas, os burgueses em ascensão, e, do outro, a realeza dos monarcas e a nobreza dos senhores feudais em decadência.<sup>110</sup>

Neste contexto, a classe burguesa emergente detinha o poder econômico, enquanto que o poder político estava sob o domínio da realeza e da nobreza, razão pela qual o princípio da não intervenção foi a estratégia encontrada pela burguesia para evitar a ingerência dos antigos monarcas e senhores feudais nas estruturas econômicas para garantir a

---

<sup>109</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 1, p. 115.

<sup>110</sup> Nessa perspectiva: BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed. rev. ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 37

liberdade individual na expansão dos empreendimentos e na obtenção do lucro.

Em consequência, adotou, o Estado, a postura minimalista, conectada à própria noção de liberalismo que, enquanto “teoria política, significava o limite na ação Estatal baseada na ideia do estado mínimo, como teoria econômica, a defesa da economia de mercado e, jurídica, o responsável pelo princípio da legalidade inerente à *rule of law* (Estado de Direito).”<sup>111</sup>

Tendo assegurada apenas à liberdade de atuação dos indivíduos e a subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais pelo limite formal, o papel do Estado é reduzido e marcado pelas seguintes características básicas: “não intervenção do Estado na economia, vigência do princípio da igualdade formal, adoção da teoria da divisão dos poderes de Montesquieu, supremacia da Constituição como norma limitadora do poder governamental e garantia das liberdades individuais.”<sup>112</sup>

Envolto nas mencionadas características e nos princípios iluministas do racionalismo, o Estado Liberal, pressupõe a anterioridade do homem e confere garantias aos direitos e deveres aos cidadãos. Dessa ideologia liberal-burguesa, reconhece-se no homem o valor absoluto e o centro de todas as coisas, transformando os súditos em cidadãos livres, facultando-lhes maior liberdade positiva.

Além de impedir o exercício arbitrário do poder pelo governante, no Estado Liberal, garante-se o direito público subjetivo dos cidadãos, reconhecendo, ainda que de forma mínima, a primeira “dimensão”<sup>113</sup> dos direitos individuais fundamentais, conhecidos como civis e políticos, vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à resistência às diversas formas de opressão. Na doutrina liberal, o Estado de Direito significa não apenas a subordinação dos

<sup>111</sup> LAFER, Celso. **Ensaio liberais**. São Paulo: Siciliana, 1991, p. 80.

<sup>112</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 58.

<sup>113</sup> Emprega-se a locução “dimensão dos direitos” (da primeira até a quinta dimensão) ao invés de “geração de direitos”, pois esta, conforme alerta Joaquim Herrera Flores, embora detenha o benefício pedagógico para o reconhecimento jurídico das lutas históricas em contextos diferentes, revela-se imprópria, porquanto induz (inadequadamente) a pensar que o ciclo atual dos direitos já deixou para trás e superou as fases anteriores. FLORES, Joaquim Herrera. **A (re) invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 75-76.

poderes públicos à lei, mas a postura passiva do Estado em tão somente reconhecer alguns direitos fundamentais mínimos do cidadão.<sup>114</sup>

No entanto, o modelo individualista de liberalismo, centrado na figura do Leviatã, porque descompromissado com o aspecto social e agravado pela submissão dos trabalhadores às condições desumanas e degradantes trouxe graves impasses que “varreram” a sociedade entre a segunda metade do Século XIX e as primeiras décadas do Século XX.

Especificamente, o crescimento industrial, somado ao populacional, acarreta o aumento nas necessidades de infraestrutura básica, como: moradia; saúde; saneamento, as quais devem ser satisfeitas pelo Estado, colocando-se, assim, em “xeque” a relação capital e trabalho. Desta nova realidade social, emerge a crise do modelo Liberal de Estado, impondo-se a revisão da outrora liberdade negativa para a postura positiva Estatal em arbitrar novos contornos às relações entre o capital e o trabalho e culminando na passagem do Estado mínimo para o Estado de Bem Estar Social.<sup>115</sup>

O papel de Estado de Direito Liberal se transforma em Estado de Direito Social, no qual o atributo “social” passa a corrigir o individualismo da política liberal, concentrando esforços nas figuras heroicas dos movimentos sociais em prol dos direitos, assim como na concretização da justiça social. Sobre as semelhanças e diferenças existentes entre estes dois papéis de Estado de Direito, Agustín Gordillo assim enuncia que:

A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Estado de Bem-Estar é que, enquanto naquela se trata tão-somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo-se de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhes agregam finalidades e tarefas às quais antes não sentia obrigado. A

---

<sup>114</sup> Nesse ponto de vista: WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: \_\_\_\_\_; LEITE, José Rubens Morato (Orgs). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22.

<sup>115</sup> Segundo Manuel García Pelayo, o Estado Social de Direito pode ser denominado como Welfare State (dimensão da política estatal que tem por finalidade o bem estar social), Estado de Bem-Estar Social, Estado Social Democrata, Estado de Partidos e também como Estado Social. Pelayo, Manuel García. **Las transformaciones del estado contemporâneo**. Madrid: Alianza Universidad, 1996, p. 13-14.



identidade básica entre o Estado de Direito e Estado de Bem Estar, por sua vez, reside em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais e é sobre esta base que constrói seus próprios princípios.<sup>116</sup>

Marcado pela transformação, por meio da assunção de prestações positivas, o Estado Liberal se torna Social, “positivamente atuante para ensejar o desenvolvimento e a realização da justiça social; é dizer, a extinção das injustiças na divisão do produto econômico.”<sup>117</sup>

O Estado deixa de ser apenas Soberano para, também, tornar-se o principal responsável pelo direito à vida, aplicando o princípio da igualdade material e realizando a justiça social concretizada por meio da segunda dimensão dos direitos que são os “sociais, econômicos e culturais, fundado no princípio da igualdade e com alcance positivo, pois não são contra o Estado”<sup>118</sup>, mas ensinam sua garantia e concessão a todos os indivíduos por parte do poder público.

O Estado Social tem significado no processo de reestruturação da sociedade, tendo em vista não ter negado os valores básicos do liberalismo: liberdade, propriedade e segurança jurídica, mas ao contrário, tornando-os efetivos pela garantia dos direitos para que os indivíduos se concretizassem como cidadãos.

Entretanto, o modelo de Estado Social atravessou a crise de legitimação, na medida em que se avultou o desemprego massivo e se reduziram os gastos sociais. Como consequência, na tentativa de corrigir as falhas deixadas pelo Estado Social, surge, conforme nomenclatura de José Joaquim Gomes Canotilho, o “Estado Democrático de Direito”<sup>119</sup>, orientado pelas máximas da origem popular do poder e da prevalência da legalidade.<sup>120</sup>

Com conteúdo que ultrapassa o aspecto material da vida digna do homem para fomentar a participação popular, o Estado Democrático de Direito se estrutura além do viés legislativo, também pela “máxima

---

<sup>116</sup> GORDILLO, Agustín. **Princípios Gerais de Direito Público**. Tradução de Marco Aurelio Greco. São Paulo: Ed. RT, 1977, p. 74.

<sup>117</sup> SUNDFELD, 2010, p. 55.

<sup>118</sup> WOLKMER, 2012, p. 23.

<sup>119</sup> CANOTILHO José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991, p. 86-87.

<sup>120</sup> Nessa acepção: DANTAS, Ivo. **Da defesa do Estado e das Instituições Democráticas**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989.

constitucional submetido ao Direito”<sup>121</sup>, razão pela qual a lei cede espaço à Constituição, apresentando as seguintes características resumidas por Fabiana Marion Spengler:

Desse modo, o Estado Democrático de Direito apresenta como princípios: a) a constitucionalidade, ou seja, a vinculação a uma Constituição como instrumento básico da garantia jurídica; b) organização democrática da sociedade; c) o sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos; d) justiça social como mecanismo de correção das desigualdades; e) igualdade não apenas como possibilidade formal, mas como articulação de uma sociedade justa; f) divisão de poderes ou funções; g) legalidade; h) segurança e certezas jurídicas. Com efeito, a própria observância desses princípios aponta para a capacidade do Estado Democrático de ultrapassar a formulação do Estado Liberal e Social de Direito.<sup>122</sup>

Por tais peculiaridades, o Estado Democrático de Direito está intrinsecamente conectado à concretização dos direitos fundamentais, notadamente os direitos de terceira dimensão que se situam no plano de conteúdo fraternal. A entidade estatal passa a tutelar, além dos interesses individuais, outrora desenvolvidos no Estado Liberal, os sociais, “defendidos no Estado de Bem Estar, também os terceiros que são os metaindividuais, coletivos, difusos e de solidariedade ao desenvolvimento.”<sup>123</sup>

É desse liame entre o Estado Liberal e Social que exsurge o “plus” normativo do Estado Democrático de Direito, enquanto síntese dos papéis anteriores, garantindo os novos direitos fundamentais de terceira dimensão. Nesse sentido, Antonio Carlos Wolkmer assevera:

A nota caracterizadora desses “novos” direitos é a de que seu titular não é mais o homem individual (tampouco regulam as relações entre os indivíduos e o Estado), pois dizem respeito à proteção de categorias ou grupos de pessoas (família, povo, nação), não se enquadrando nem no público, nem

---

<sup>121</sup> CANOTILHO; MOREIRA, loc. cit.

<sup>122</sup> SPENGLER, 2007, p. 82.

<sup>123</sup> WOLKMER, 2012, p. 23.

no privado, mas, agora, a abertura holística da coletividade humana para com a natureza (uma nova “cosmovisão, que integra seres humanos com “entes vivos”).<sup>124</sup>

A terceira dimensão dos direitos, legitimados pela originalidade dos novos sujeitos sociais, demarca a consolidação do Estado Democrático de Direito. Não obstante, atualmente, o processo histórico apresenta a quarta dimensão de direitos, vinculadas a “biotecnologia, bioética e engenharia genética, e a quinta dimensão, correspondentes a tecnologia da informação, ciberespaço e realidade virtual de dimensões de direitos”<sup>125</sup>, as quais também restam asseguradas pelo papel democrático.

Estes três papéis: Liberal, Social e Democrático, manifestam-se em nível global e também estritamente no Brasil, no qual a CRFB, conhecida como Cidadã, em seu art. 1º<sup>126</sup>, como última passagem, organiza o Estado pela “lente” Democrática com o escopo de assegurar a participação popular no processo político, estabelecer uma sociedade livre, justa e solidária e proteger os direitos fundamentais da pessoa humana.

Ao abandonar a expressão tradicional de Estado de Direito, a CRFB acrescenta a qualidade da Democracia e erige-se como Estado com bases segundo o Direito. Entretanto, embora Democrática, a CRFB não deixa de representar as duas formas anteriores, assumindo conotação Liberal e Social ao adotar limites ao poder Estatal e Social, na medida em que garantem os direitos oponíveis ao Estado, exigindo-lhe postura positiva e dirigente.

Portanto, o Estado de Direito desenvolve-se sobre a forma de três papéis, iniciando pelo Liberal que assegura o direito individual, enseja a postura não impositiva do Estado com base no princípio da não

---

<sup>124</sup> Ibid., p. 24.

<sup>125</sup> WOLKMER, 2012, p. 27-30.

<sup>126</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2015.

intervenção, limita a atuação política e assegura a liberdade. Já a forma de Estado Social amplia o conceito de direito público subjetivo e alarga os direitos sociais, exigindo políticas públicas positivas que garantam o mínimo de bem-estar à população. Por fim, o enfoque do Estado Democrático de Direito alude ao direito cosmopolita e fraternal, reclamando postura proativa do Estado, conforme exemplo proclamado na CRFB.

O desenvolvimento nos perfis do Estado é importante, pois demonstra a influência no movimento do direito ao acesso à justiça, principalmente porque, no Estado Liberal, o centro decisório vincula-se ao Legislativo. No Estado Social, o Executivo assume o comportamento ativo na criação de políticas públicas, e no Estado Democrático, avulta-se o símbolo do Poder Judiciário como instrumento de acesso à justiça.

### **2.5.2 O movimento do acesso à justiça e seu enquadramento no processo evolutivo Estatal**

O “movimento do acesso à justiça”<sup>127</sup>, não obstante tenha maior visibilidade a partir da eclosão dos chamados direitos sociais e intensa proteção com a consolidação do Estado Democrático de Direito, tem sofrido diversas transformações conceituais de acordo com as mutações no processo evolutivo moderno e contemporâneo de cada papel do Estado de Direito.

A partir das Revoluções Burguesas ocorridas principalmente na Inglaterra e França, forma-se o primeiro perfil do Estado de Direito consistente na fase liberal de caráter individualista e marcado pela concepção formal de acesso à justiça. Isso porque o individualismo dominante à época limitava o direito de acesso à justiça a possibilidade do indivíduo propor ou contestar uma ação, tendo em vista que o Estado se mostrava passivo e incapaz de efetivar a utilização das instituições judiciais.

Dessa forma, sob a gerência do Estado Liberal burguês e a filosofia individualista, a concepção que prevaleceu era a de que o acesso à justiça correspondia apenas à proteção judicial e, por consequência, a solução pacífica dos conflitos significava somente o direito natural e formal do indivíduo de propor ou contestar, consoante descrevem Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

---

<sup>127</sup> O significado de acesso à justiça variou no tempo, porém por questões metodológicas, não será estudado nos períodos antigo e medieval.

Nos estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática.<sup>128</sup>

E os autores Bernardo Gonçalves Fernandes e Flávio Quinaud Pedron também confirmam:

Nessa primeira acepção, as inibições ao acesso à justiça correspondem a fenômenos puramente técnicos do direito ou do poder de exercitar a ação. Entendido dessa forma, o acesso à justiça e a atuação jurisdicional voltam-se para as questões relativas ao direito invocado pelo autor, na crença de que nisso (e somente isso) se resume a distribuição justiça. No contexto liberal, o conceito teórico de acesso à justiça esteve também atrelado a uma perspectiva privatista. Como apontavam a dinâmica e os princípios processuais, melhorar o acesso à justiça significava apurar o direito de ação, isto é, a prontidão da resposta estatal à violação do direito subjetivo, sem que para tanto fosse necessário a ingerência interpretativa judicial, ainda considerada um descaminho da supremacia legislativa.<sup>129</sup>

Em razão disso, como questiona Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, “se a instância judiciária não é importante, porquê se preocupar com o

<sup>128</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 1988 p. 9.

<sup>129</sup> FERNANDES Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 88.

acesso?”<sup>130</sup> Logo, o acesso à justiça era reconhecido apenas como o retrato de uma atividade de caridade, como um favor prestado aos mais pobres e exclusivamente no campo da litigância. Era, portanto, o direito natural e formal, prevalecendo à minimização das instituições judiciais com a postura passiva do Estado, sendo a função do Poder Judiciário apenas declarar o conteúdo da lei.<sup>131</sup>

Esta fase correspondeu ao primeiro enfoque do acesso à justiça no sentido restrito de acesso à tutela jurisdicional, do Poder Judiciário como principal instrumento para acessar a justiça, e que se mantém, ainda hoje, por meio do (pseudo) paradigma cultural Brasileiro.

Entretanto, na medida em que as sociedades do *laissez-faire* crescem em tamanho e complexidade, trazem à tona as graves desigualdades sociais do Estado Liberal, determinando nova percepção dos direitos humanos. Por isso, a atuação do Estado passa a ser positiva e direta nas estruturas públicas e na melhoria de vida da população, expressando a política dos direitos não mais como caridade, mas sim como o novo papel assumido em bases sociais.

Desse modo, o segundo papel do Estado, o de bem estar social, reconhece direitos e deveres, passa a atuar positivamente e movimenta o direito ao acesso à justiça para a lógica não apenas de declaração formal, mas também de conteúdo material e efetivo, conforme salientam Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas declarações dos direitos, típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento faz-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. [...]. Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais

---

<sup>130</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 17.

<sup>131</sup> Por isso, a célebre sentença de Montesquieu: “os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais do que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar sua força sem rigor”. MONTESQUIEU, Charles. **O espírito das leis**. 2. ed. Trad. brasileira. Brasília: UnB, 1995, p. 123.

básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do welfare state têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadão.<sup>132</sup>

A partir da erosão do papel Liberal de Estado e a inclusão de novas exigências de direito material, o “problema do acesso à justiça se tornou sociologicamente divisado, equacionando as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico formal e desigualdade sócio econômica.”<sup>133</sup> Ora, se o acesso à justiça torna-se o garantidor da fruição dos direitos sociais básicos, o desafio deste direito no Estado Social é dar efetividade aos direitos reconhecidos e recém constitucionalizados. Para isso, precisa-se repensar as instituições, comprometendo-as com as contingências sócio-políticas e com menos apego ao formalismo do Estado Liberal, razão pela qual o processo civil assume escopos sociais para além de seu caráter instrumental.

Notadamente, é neste período em que se passa a reconhecer que as técnicas processuais também servem às funções sociais e que os Tribunais não são a única forma de estabilização dos conflitos a ser considerada. Assim, embora se valorize a solução pública pelo Poder Judiciário, “houve uma tendência de se adotarem resoluções alternativas de conflito de natureza pública e privada.”<sup>134</sup>

Este é o momento correspondente ao segundo enfoque do acesso à justiça com conotação mais ampla, orientada pelo processo civil enquanto “tema ponte a interligar processo com justiça social”<sup>135</sup>, bem como por diversos mecanismos jurisdicionais ou não para estabilização dos conflitos.

Ocorre que a expansão dos direitos sociais e a consolidação do Estado Providência sofrem com a crise da administração da justiça, cuja passagem orienta-se para a consolidação do Estado Democrático. Este

---

<sup>132</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 1988 p. 10-11-12.

<sup>133</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós modernidade. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 167.

<sup>134</sup> CARNEIRO. **Acesso à Justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 25.

<sup>135</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 1999, p. 25.

papel pretende restabelecer a noção de Direito mais profunda que aquela presente no “paleo” positivismo legislativo, afirmando “declarações políticas, de conteúdo e função mistificadora”<sup>136</sup>, elevando aos poucos o acesso à justiça à categoria integral.

Por conseguinte, neste período “pós social”, a Constituição erigida à máxima hierarquia abre espaços para as transformações políticas, sociais e econômicas e inclui as reivindicações dos novos direitos. Assim, segundo os apontamentos de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro:

[...] Nesse contexto, corporificaram-se as reivindicações em prol dos direitos fundamentais e da possibilidade de exercitá-los, a exigir do Judiciário (o Estado) meios e modos de resolver esses problemas, sejam os de cunho individual gerados por este novo mundo, esta nova forma de vida, como também aqueles que se põem no plano da coletividade. É preciso desenvolver um novo projeto ético que resgate os valores desenvolvidos ao longo dos séculos e coloque em pauta, para discussão, diversas questões que abranjam diretamente o ser humano, destacando-se, entre elas, a da justiça na sua acepção mais ampla, desde o direito a uma vida digna até a efetiva proteção judicial de todos. Este é pois o grande desafio do futuro.<sup>137</sup>

É o chamado “desafio da inclusão”<sup>138</sup> ou a “ética democrática da responsabilidade dos indivíduos”<sup>139</sup>, no qual o acesso deve ser geral e universal, sob pena de continuar a ser um privilégio e não um direito. Neste aspecto, expressam os autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

[...] De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade

---

<sup>136</sup> SANTOS, loc. cit

<sup>137</sup> CARNEIRO, 1999, p. 30-31.

<sup>138</sup> ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à Justiça em preto e branco**: retratos institucionais da defensoria pública. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 31.

<sup>139</sup> BOREHEIM, Jerd. Notas para o estudo de uma ética enquanto problema. In: HUHEN, Leda Miranda. **Ética**. Rio de Janeiro: Uapê/Espaço Cultural Barra, 1997, p. 246.



de direito é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça, pode, portanto, ser encarado, como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos – um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar todos os direitos.<sup>140</sup>

No perfil de Estado Democrático, o acesso à justiça assume acepção integral de acesso ao direito, isto é, a uma ordem jurídica justa que engloba o rol de direitos com vistas a acessar os instrumentos, judiciais ou não, no tratamento dos conflitos. Além de outros mecanismos alternativos dispostos ao cidadão para o tratamento dos conflitos, pretende-se tornar a justiça mais acessível como chave para consolidação da Democracia.

Para alcançar a efetividade deste acesso, na década de 1970, precisamente nos anos de 1973 até 1978, verifica-se a mobilização de estudiosos nos ramos das ciências sociais, aplicadas ou não, para pesquisas voltadas a identificar as necessidades teóricas e práticas do Poder Judiciário em 23 países, como os da América Latina: Chile, Colômbia, México e Uruguai, não havendo a participação do Brasil.<sup>141</sup>

As pesquisas reúnem-se no projeto denominado Florença, coordenado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, sendo, no Brasil, traduzido para obra “Acesso à Justiça”<sup>142</sup> no ano de 1988, e cujo relato das três “ondas” demonstra os movimentos tendentes à democratização do acesso à justiça enquanto veículo de concretização de todos os direitos dos homens.

### **2.5.3 O projeto Florença e as três ondas renovatórias de Mauro Cappelletti e Bryant Garth**

Na década de 1970, precisamente entre os anos 1973 até 1978, ocorre a reunião de diversos pesquisadores empíricos para examinar as dificuldades existentes no Poder Judiciário, bem como discutir acerca do real significado e possíveis delineamentos do tema acesso à justiça.

---

<sup>140</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 10-11-12.

<sup>141</sup> Conforme: JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, n. 18, out. 1996, p. 2.

<sup>142</sup> CAPPELLETTI; GARTH, loc. cit.

A pesquisa então resumida em documento oficial, chamado de Relatório Geral do Projeto Florença, é intitulada de “Access to Justice: The World wide Movement to Make Rights Effective – A General Report”, transformando-se na obra de, ao todo, oito tomos, publicados em Milão no ano de 1978.

O projeto Florentino, desenvolvido no Centro de Estudos de Direito Processual Comparado de Florença, é considerado o marco para o estudo do acesso à justiça, notadamente, porque o termo ganha expressiva visibilidade, repercutindo nos atores do direito a real necessidade de buscar soluções para tornar a justiça uma instituição mais acessível e democrática.

No contexto de Estado Social, é nítida a preocupação dos autores com a noção de igualdade material na obtenção do acesso, de modo que o relatório prefere “[...] a linha analítica do acesso efetivo e, portanto, das variáveis em razão do funcionamento do Poder Judiciário e seus serviços.”<sup>143</sup>

A estrutura da obra divide-se em: compreensão do movimento a partir dos papéis dos Estados Liberal e Social; delimitação do conceito de acesso à justiça em prol do sistema jurídico acessível a todos; identificação dos obstáculos das custas judiciais - pequenas causas e tempo -; possibilidades das partes: recursos financeiros, aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou defesa, litigantes eventuais e habituais; problemas especiais dos interesses difusos e também em soluções práticas para os problemas representadas pelas três ondas renovatórias.

Ressalta-se que atualmente já se tem prolongado o estudo do projeto de Florença para a dita “quarta onda” de acesso, que expõe as dimensões éticas e políticas da administração da justiça, e, assim, indica importantes e novos desafios tanto para a responsabilidade do profissional como para o ensino jurídico. Visa esta fase do movimento não apenas medir o acesso dos cidadãos à justiça, lançando mão, por exemplo, do mapeamento de espaços na oferta dos serviços jurídicos, mas, antes, abre novas perspectivas da justiça, com as seguintes reflexões: “quem pode se qualificar como advogado ou juiz? E, como

---

<sup>143</sup> MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância**: a maximização do acesso na busca pela efetividade. 2014. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014, p. 135.

garantir que, uma vez dentro da carreira, tanto advogados quanto juízes tenham acesso à justiça?”<sup>144</sup>

Embora a quarta onda seja o atual estágio das soluções práticas e também de suma importância para repensar o modelo contemporâneo dos atores do direito, fato é que o encaixe do acesso à justiça, para fins desta dissertação, está no movimento da terceira onda de revitalização de mecanismos que não apenas os jurisdicionais para tratamento dos conflitos, de modo que a quarta solução pela promoção e ampliação do acesso à efetivação dos direitos constitucionalizados não será examinada.

Além disso, como os obstáculos são objetos de Seção própria, cumpre neste tópico adentrar somente no mérito das três ondas que se dão no sentido de apresentar elementos viáveis para o aprimoramento do acesso à justiça, pois, a cada onda, os autores demonstraram “as etapas a serem vencidas para que a atividade jurisdicional sofresse um aprimoramento naquilo que até então o Estado moderno Social de Direito esperava da efetiva tutela jurisdicional.”<sup>145</sup>

Para cada tipo de óbice ao acesso diagnosticado pelo projeto são propostas estratégias de resolução dos impasses, quais sejam: a) a primeira solução, ou dita onda, baseia-se na assistência judiciária para os pobres; b) a segunda, são as reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos; c) a terceira é o acesso à representação em juízo por concepção mais ampla de acesso à justiça (intitulado novo enfoque).

A primeira onda renovatória concentra-se em proporcionar serviços jurídicos de advogados para quem não pode custear os valores, mediante a implantação dos sistemas: a) sistema *judicare*: assistência vista como um direito para todas as pessoas que se enquadre na lei em diversos países; b) advogado remunerado pelos cofres públicos: escritórios de vizinhança com o objetivo de auxiliar os cidadãos a reivindicarem os seus direitos; c) combinação de ambos.<sup>146</sup>

De modo geral, a tutela jurisdicional pelo processo é muito onerosa, envolvendo custas com advogados, taxas judiciais e, ainda, as

---

<sup>144</sup> ECONOMIDES, Kim. **Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”**: epistemologia versus metodologia? p. 62-76. Disponível em: < <http://gajop.org.br/justicacitada/wp-content/uploads/Lendo-as-Ondas-do-Movimento-de-Acesso-aa-Justica.pdf> >. Acesso em: 05 set. 2015.

<sup>145</sup> FERNANDES; PEDRON, 2008, p. 92.

<sup>146</sup> Tipologia observada na obra: CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 40, 51, 55 e 56.

despesas sucumbenciais na hipótese de derrota na ação. Por essa razão, a preocupação da primeira onda reside na inclusão das pessoas que não podem arcar com tais despesas e para que não se tornem cerceadas em sua defesa, marginalizadas na sociedade e, até mesmo, estimuladas a propagação da autotutela.

A segunda onda, tendo em vista a dificuldade de mobilização social, capacidade organizativa e coletivização da tutela jurisdicional, focaliza a proteção dos interesses difusos, sobretudo porque o Processo Civil tradicional se baseia na litigância entre duas partes, não abrindo espaço para a classe coletiva ou grupal. Disso resulta a defesa da legitimação extraordinária ativa pelas representações em juízo pelos modelos da: a) ação governamental: advogado público e agências públicas regulamentadoras; b) técnicas do procurador geral privado: propositura da ação por indivíduos habilitados; c) advogado particular de interesse público: grupos privados e associações que representam o interesse público; d) soluções pluralísticas: combinação de todos os anteriores recursos desta onda.<sup>147</sup>

A terceira onda, da qual se concentra o movimento para fins desta dissertação, tem como método “não abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.”<sup>148</sup>

A solução é traduzida pela variedade de reformas com vistas à melhoria e desburocratização do processo, tais como: a) trâmites mais céleres, econômicos e eficientes: modernização dos tribunais e seus procedimentos, valorizando a oralidade em detrimento do formalismo; b) promoção da justiça coexistencial baseada nos métodos alternativos e participativos: juízo arbitral, conciliação e incentivos econômicos; c) criação de instituições de procedimentos especiais para determinados tipos de causas, como por exemplo: os tribunais para consumidores; d) mudanças nos métodos utilizados para prestação dos serviços: inclusão dos parajurídicos; e) simplificação do direito na decidibilidade e produção normativa. Nas palavras de Mauro Cappelletti e Bryant Garth a terceira onda significa:

Inicialmente, como já assinalamos, esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou criação de novos tribunais, o uso de

---

<sup>147</sup> Nomenclatura encontrada na obra: *Ibid.*, p. 51, 55 e 56.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 68.

peessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar a sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não recebe inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera da representação judicial.<sup>149</sup>

Logo, esta terceira solução demonstra não ser possível, tampouco desejável, tratar os conflitos apenas com advogados para as classes pobres, pois os novos direitos exigem mudanças nos procedimentos que os tornem exequíveis. E, para tanto, amplia a concepção de acesso para além da representação em juízo.

Assim, uma vez que o acesso não se limita ao simples direito de petição ao Órgão estatal, mas sim que se garanta a oferta de diversos meios de tratamento dos conflitos, por intermédio do devido processo legal, tanto na esfera judicial, quanto extrajudicial, Luiz Fernando Franceschini da Rosa aponta que nesta terceira fase procura-se:

[...] Substituir a chamada justiça contenciosa pela dita justiça coexistencial baseada em formas conciliatórias que se destinam a minimizar a contenciosidade inerente à relação processual, em prol de decisões equânimes e razoáveis para todos os envolvidos, com a clara intenção de projetar a convivência para o futuro.<sup>150</sup>

Por conseguinte, é nesta solução, própria da terceira onda, portanto, que reside um dos marcos teóricos da presente dissertação, entendendo o movimento do acesso à justiça de maneira ampla, a partir da revitalização pela justiça coexistencial, que abrange a noção conciliatória por mecanismos alternativos de tratamento dos conflitos que não apenas os jurisdicionais.

Portanto, compreendido historicamente o acesso à justiça; desde o Estado de Direito Liberal, passando pelo Social, até chegar ao Democrático, como o movimento amplo de terceira onda que inclui outros meios de tratamento para as disputas, faz-se indispensável

---

<sup>149</sup> CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 71.

<sup>150</sup> ROSA, Luiz Fernando Franceschini da. O acesso à jurisdição brasileira e a situação do investigador estrangeiro. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos de. **Solução e prevenção de litígios internacionais II**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 206.

também resgatar o mérito do seu conceito como direito humano e fundamental à estabilização dos conflitos para além da gestão pelo Poder Judiciário.

## 2.6 PARA ALÉM DA GESTÃO RESTRITA PELO PODER JUDICIÁRIO: A MAXIMIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO À ESTABILIZAÇÃO DOS CONFLITOS PELOS MÉTODOS ALTERNATIVOS

A mencionada metáfora das “ondas” pode parecer simplista, porém serve para identificar fases cruciais no desenvolvimento intelectual e político, produzidas pelo movimento global de acesso à justiça.

Além de ser vislumbrado historicamente a partir da terceira onda, o acesso à justiça reflete o sentido maximizado por ser composto de diversos mecanismos no tratamento dos conflitos, não estando vinculado apenas à estrutura do devido processo legal pelo Poder Judiciário.

O vocábulo acesso à justiça é objeto de diversos significados e, por isso, há quem defenda ser a sua conceituação por demais “espinhosa” ao ponto inclusive de advogar pela “impossibilidade da sua definição.”<sup>151</sup> Tendo em vista seu envolvimento em inúmeros enfoques e recortes, inicia-se abordando o seu conceito.

Em que pese seu conceito não seja válido para todos os povos e tempos, devido à absoluta dinâmica do Direito, convém ponderar que pode ser entendido sob dois fundamentos: sentido estrito de acesso ao Poder Judiciário e sentido amplo de acesso ao Direito. Segundo os autores Mauro Capelletti e Bryant Garth o acesso à justiça representa duas singularidades básicas:

[...] A expressão acesso à justiça é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.<sup>152</sup>

---

<sup>151</sup> BERMUDES, Sérgio. **Iniciação ao estudo do direito processual civil**. Rio de Janeiro: Líber Jurídica, 1973, p. 91-92.

<sup>152</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.8.

Em consonância, Horácio Wanderlei Rodrigues, sintetiza que a expressão admite duas acepções distintas: a primeira atribui ao significante “justiça” o mesmo sentido e conteúdo de “Poder Judiciário”, tornando-as expressões sinônimas e, a segunda, parte da visão axiológica da expressão “justiça” e identifica como acesso a uma ordem determinada de valores e direitos fundamentais para o ser humano, de conteúdo mais amplo, englobando o primeiro termo.<sup>153</sup>

O modelo tradicional de acesso à justiça corresponde ao primeiro papel do Estado na fase formal e individualista, sendo entendido no sentido estrito de acesso institucionalizado, notadamente, por intermédio do Poder Judiciário que espelha o pseudo-paradigma cultural.

Neste âmbito, uma das formas clássicas de conceituar o acesso à justiça é identificá-lo ao acesso ao Poder Judiciário, chegando-se a confundir essas realidades e deixando-se, por regra, os meios alternativos de tratamento de conflitos à margem do conceito de acesso à justiça. Como pontua Kazuo Watanabe, “temos um meio normal, usual, que é a solução pelo Poder Judiciário, pela autoridade do Estado, e os meios alternativos, ainda em fase de organização.”<sup>154</sup>

O autor Ronnie Preuss Duarte, após explicitar que o acesso à justiça abrange o acesso aos tribunais e ao Direito, conceitua aquele como a “garantia de proteção da esfera jurídica por meio da jurisdição.”<sup>155</sup> Dessa forma, ainda analisa-se o acesso à justiça unicamente como a possibilidade de admissão pelos Tribunais para o exercício da ação judicial, confundindo-o com as garantias processuais fundamentais. Entretanto, o acesso ao Poder Judiciário é apenas via privilegiada para que se encontre a justiça, porém está longe de ser a exclusiva, eis que na “sociedade de natureza plural, múltiplos também devem ser os mecanismos postos para resolução dos conflitos.”<sup>156</sup>

Em determinada época podia o acesso à justiça ser confundido com o sentido estrito de acesso ao Poder Judiciário, porém, com a

---

<sup>153</sup> RODRIGUES, 1994, p. 28

<sup>154</sup> WATANABE, Kazuo. Modalidade de Mediação. In: José Delgado et al. **Mediação**: um projeto inovador. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2003, p. 53.

<sup>155</sup> DUARTE, Ronnie Preuss. **Garantia de acesso à justiça**: os direitos processuais fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 15-23.

<sup>156</sup> SILVA, Eduardo Silva da. Meios alternativos de acesso à justiça: fundamentos para uma teoria geral. **Revista Processo e Constituição**: Cadernos Galeno Lacerda de Estudos de Direito Processual constitucional, Porto Alegre, n. 1, nov. 2004, p. 166 e 171.

expansão da judicialização traduzida na multiplicação no volume dos processos contenciosos, o Estado encontra-se hipertrofiado, como bem reflexiona Adrew Floyer Acland:

O que realmente importa é como resolvê-lo. Vamos aos tribunais – ou ao campo de batalha – para dirimir nossas diferenças com os demais? Ou buscamos outros meios para resolver nossas disputas: meios que são mais rápidos, mais baratos e menos corrosivos para nossos nervosismos, relações e recursos? Havia uma época em que a resposta era óbvia. Frequentávamos aos antigos das tribunas, e lhes pedíamos que decidissem com sua sabedoria o que estava bem e o que estava mal em nossas disputas. Seus ditames eram simples e, embora pudessem não gostar, seguramente aceitavam-nos. Essa tradição se manteve em nossos tribunais e em nosso sistema jurídico. Seguimos recorrendo a homens e mulheres sábias para que ditem sobre nossos assuntos. Lamentavelmente, nosso sistema vai explodir a menos que aliviemos algumas das pressões que suporta. Trata-se sensivelmente de que a sociedade moderna gera conflitos demais, e demasiadamente complexa, para que possam resolver todos os tribunais. Como disse recentemente um advogado amigo: “os tribunais tem se convertido em depósito de disputas.”<sup>157</sup> (tradução nossa).

---

<sup>157</sup> Original: Lo que realmente importa es cómo resolverlo. ¿ Que los tribunales – o al campo de batalla - para dirimir nuestras diferencias con los demás? ¿ O buscamos otros medios para resolver nuestras disputas: medios que son más rápidos, más baratos y menos corrosivo para nuestros nerviosos, relaciones y recursos? Había una época en que la respuesta era obvia. Acudíamos a los ancianos de la tribu, y les pedíamos que decidieran con su sabiduría lo que estaba bien y lo que estaba mal en nuestras disputas. Sus dictados eran simples y, aunque pudieran no gustarnos, seguramente los aceptábamos. Esta tradición se ha mantenido en nuestros tribunales y en nuestro sistema jurídico. Seguimos recurriendo a hombres y mujeres sabios de dictar en nuestros asuntos. Lamentablemente, nuestro sistema va estallar a menos aliviemos algunas de las presiones que soporta. Es notable que la sociedad moderna crea demasiados conflictos, demasiado complejo y para que puedan resolver todos los tribunales. Como dijo recientemente un abogado amigo, "los tribunales se han convertido



A via tradicional do Poder Judiciário não se tem manifestada como a melhor forma de satisfazer as pretensões, descortinando-se o ressurgimento da terceira onda de justiça pautada no acordo entre as partes. Em relação a essa transformação, Boaventura de Sousa Santos Santos explica que:

[...] as reformas que visam à criação de alternativas, constituem hoje uma das áreas de maior inovação na política judiciária. Elas visam criar, em paralelo à administração da justiça convencional, novos mecanismos de resolução de litígios cujos traços constitutivos têm grandes semelhanças com os originalmente estudados pela antropologia e pela sociologia do direito, ou seja, instituições leves, relativa ou totalmente desprofissionalizadas, por vezes impedindo mesmo a presença dos advogados, de utilização barata, se não mesmo gratuita, localizados de modo a maximizar acesso aos seus serviços, operando por via expedita e pouco regulada, com vista à obtenção de solução mediada pelas partes.<sup>158</sup>

Em complemento, o próprio Boaventura de Sousa Santos defende que existe uma demanda reprimida por justiça, representada por legiões de indivíduos que não conhecem seus direitos ou os conhecem, mas sentem-se impotentes para reivindicá-los. A essa situação, o autor chama de “sociologia das ausências”, de modo que é necessária a revolução democrática da justiça e conclui: “o acesso irá mudar a justiça a que se tem acesso.”<sup>159</sup> Em razão disso, o acesso à justiça não mais pode ser enquadrado como acesso ao Poder Judiciário, de modo que deve ser teorizado com a inclusão de outros mecanismos de estabilização dos conflitos.

Além do fundamento na terceira onda pelo autores Mauro Capelletti e Bryant Garth, também se lembra de Ada Pellegrini Grinover, que lança a ideia da “popularização do Judiciário” no entender de acesso como um direito que não se restringe ao “sentido estrito de

---

en depósitos de disputas”. ACLAND, Adrew Floyer. **Como utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones**. Barcelona-Buenos Aires-México: Ediciones Paidós, 1990, p. 15.

<sup>158</sup> SANTOS, 2003, p. 176

<sup>159</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2008, p. 32-33

acesso ao Poder Judiciário pelo sistema processual.”<sup>160</sup> Logo, por uma questão de recorte metodológico, optou-se pelo entendimento de acesso à justiça na conotação ampla, para além do Poder Judiciário.

O direito ao acesso à justiça não mais pode ser considerado como algo idêntico ao acesso ao Poder Judiciário, devendo o legítimo exercício daquele ser antecedido por uma série de filtros, a fim de viabilizar a ordem jurídica justa que englobe outras estruturas para atender às demandas que se lhe apresentem, voltadas para efetivação dos direitos fundamentais.<sup>161</sup>

Por esta razão, emprega-se o sentido amplo de direito em estabilizar o conflito, isto é, “a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais do ser humano”<sup>162</sup>, ou no mesmo entendimento, “um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”<sup>163</sup>

Segue-se a conotação inserida no movimento amplo de “terceira onda” responsável pela inclusão de mecanismos outros que não apenas os judiciais para o tratamento dos conflitos. A terceira onda não abre mão das duas técnicas anteriores; assistência judiciária e representação dos direitos difusos, mas traz outras possibilidades para o aperfeiçoamento do acesso à justiça, abarcando todas as garantias do devido processo legal, tanto na esfera judicial, quanto na extrajudicial, na qual não se limita ao simples direito de petição ao órgão estatal.<sup>164</sup>

O alargamento do acesso à justiça, enquanto direito que não se encerra em uma única forma de tratamento dos conflitos, avulta a repercussão política e social do conceito, cuja fonte é essencial para a consolidação da Democracia e do Estado contemporâneo. Sobre o tema, Medeiros discorre:

A importância do acesso à justiça, nos termos anteriormente anotados, leva à conclusão de que qualquer compreensão restritiva de seu conceito tende por desconsiderar seu relevante papel em relação à efetividade dos demais direitos fundamentais. Destarte, pode-se afirmar que a

---

<sup>160</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Modernidade do direito processual brasileiro. In: \_\_\_\_\_. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 5.

<sup>161</sup> Nesse sentido: WATANABE, 1988, p. 128-129.

<sup>162</sup> RODRIGUES, 1994, p. 28.

<sup>163</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12.

<sup>164</sup> Acompanha: JUNQUEIRA, 1996, p.1.

ideia de acesso à justiça vinculada estritamente ao Judiciário é limitada e, sobretudo, obsoleta, merecendo ser suplantada. Deve ceder, portanto, lugar a uma conotação mais ampla, que ocupa um lugar de destaque no Estado contemporâneo, extrapola os limites judiciais e toma a cena de outras esferas. Desta forma, muito embora deva se considerar a importância dos instrumentos processuais de acesso à justiça, não parece adequado restringir este instrumental ao Judiciário, uma vez que, conforme já salientado, a ideia de acesso à justiça aparelha-se com a efetivação dos direitos fundamentais, não havendo como restringir tal acesso a questões processuais.<sup>165</sup>

Assim, mais do que acesso aos Tribunais, o acesso à justiça abrange a solução justa e efetiva por parte do Estado, independe do mecanismo disposto ao cidadão, desde que ocorra a resposta em tempo hábil. Em complemento, Ada Pellegrini Grinover sustenta que o acesso à justiça “deve ser rápido, pois a mora seria cúmplice da impunidade, bem como mais barato e eficiente, já que a justiça não é a simples admissão a um processo, mas sim a obtenção da resposta dele.”<sup>166</sup>

O acesso à justiça é maximizado pela inclusão de diversos mecanismos que não apenas o Poder Judiciário, devendo ser menos formal para garantir o acesso das pessoas menos instruídas e, ainda, garantir o direito de ação e defesa por diversos mecanismos alternativos que busquem a celeridade e a efetividade:

Abrem-se os olhos agora, todavia, para todas essas modalidades de soluções não jurisdicionais dos conflitos, tratadas como meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce a percepção de que o estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediando o

---

<sup>165</sup> MEDEIROS, Isabela. **Assistência jurídica gratuita**: cidadania e emancipação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 15-16.

<sup>166</sup> GRINOVER, 1996, p. 6.

exercício da jurisdição e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista.<sup>167</sup>

No mesmo sentido, Gladys Álvarez discorre que:

É necessário encarar a resolução alternativa de disputas como uma nova política necessária na administração da justiça. Por isso é que a incorporação destes mecanismos para resolver conflitos sociais é uma das funções que o Estado Moderno deve cumprir em nossos dias. Baixo o nome de “resolução alternativa de disputas” (RAD) engloba o conjunto de procedimentos que permitem resolver um conflito sem recorrer a força de como resolve um juiz. Poderia dizer também que é um movimento que tende a institucionalização desta variedade de mecanismos conducentes a resolução dos conflitos jurídicos por outras vias que não são a tradicional decisão judicial. Entre estas técnicas podem mencionar-se como clássicas, a arbitragem tradicional, a conciliação, a mediação e a negociação. A elas cabe agregar novas formas de arbitragem (unilateralmente vinculante, o chamado da “última oferta” e o não vinculante). A tolerância, a solução negociada e a busca do consenso são partes importantes da nacionalidade republicana. Por isso, são bem vindas as novas formas de fortalecer o diálogo e a solução civilizada dos conflitos, sem necessidade de seguir recarregando o sistema judicial [...].<sup>168</sup> (tradução nossa).

---

<sup>167</sup> ARAÚJO; DINAMARCO; GRINOVER, 2006, p. 31.

<sup>168</sup> Original: Es necesario encarar la resolución alternativa de disputas como una nueva política necesaria en la administración de justicia. Por ello es que la incorporación de estos mecanismos para resolver conflictos sociales es una de las funciones que el Estado moderno debe cumplir em nuestros días. Bajo amado "resolución alternativa de conflictos" (ADR) comprende todos los procedimientos que permiten resolver un conflicto sin recurrir a la fuerza para resolver un juez. También se podría decir que se trata de un movimiento que tiende a institucionalizar esta variedad de mecanismos que conducen a la resolución de las disputas legales por otros medios que no son tradicionales decisión judicial. Entre estas técnicas se pueden denominado clásico, tradicional arbitraje la conciliación, la mediación y la negociación. Ellos son responsables

Vale ainda recordar a citação dos autores Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini que relatam sobre os meios alternativos como instrumentos de maximização do acesso à justiça:

Os métodos extrajudiciais de solução dos conflitos, também denominados pela doutrina de equivalentes jurisdicionais, são aqueles, como o próprio nome denuncia, que prescindem da atuação do Poder Judiciário para que o litígio entre as partes seja dirimido. Tais métodos, em especial a conciliação, a mediação e a arbitragem, possuem como vantagem, segundo algum: possibilitar uma verdadeira composição da lide, de forma menos custosa, tanto emocional quanto financeiramente, e mais célere.<sup>169</sup>

Tais práticas alternativas para o acesso à justiça tem origem nos Estados Unidos sob a nomenclatura de “Alternative Dispute Resolution (ADR)”<sup>170</sup>, cuja expressão é reservada para designar todos os procedimentos de resolução das disputas sem a intervenção de uma autoridade judicial, tais como mediação, arbitragem, conciliação e negociação.

---

de la adición de nuevas formas de arbitraje (unilateralmente vinculante, llamada " última oferta " y no vinculante). La tolerancia, la solución negociada y la búsqueda del consenso son parte importante de la nacionalidade republicana. Por ello, son bienvenidas las nuevas formas de fortalecer la capacidade del diálogo y la solución civilizada de los conflictos, sin necesidad de seguir recargando el sistema judicial [...]. ÁLVAREZ, Gladys S.; HIGHTON, Elena I. Highton; JASSAN, Elías. **Mediação y Justicia**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1996, p. 33-34.

<sup>169</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 11. ed. Curitiba: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1. p. 93

<sup>170</sup> Significado de ADR: formas alternativas de solução de conflitos. Contudo, a quase totalidade dos autores reconhece a impropriedade da expressão “alternativa de resolução das disputas”. Alternativa a quê? Presumivelmente se faz referência ao mecanismo judicial de resolução das disputas. Então, a palavra alternativa, que tem raízes no latim (alter = o outro) e que significa a sucessão de duas coisas mutuamente exclusivas, explicaria a opção por outro mecanismo. Que outro? A ADR tem sido usada para designar vários mecanismos de resolução de disputas, afora o Judiciário, o que por si só revelaria a impropriedade da expressão. Nesse sentido ver: SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 81.

Enquanto o paradigma do Poder Judiciário, responsável pelo tratamento dos conflitos, resolve a demanda a ser obedecida pelas partes de “maneira violenta”<sup>171</sup>, as formas alternativas das disputas abrangem a noção mais ampla do conceito de acesso à justiça, pois como recorda Gladys Álvarez, uma coisa é o “acesso à justiça”, entendido como sistema judicial, e, outra, é o acesso a uma justiça enquanto solução justa.”<sup>172</sup> (tradução nossa).

Além disso, a função de jurisdição focada no Processo Civil se orienta pelo modo adversarial e formal, já que o Estado exerce o monopólio da coerção. Assim, uma “parte será ganhadora, enquanto a outra será perdedora, algumas vezes ambas serão parcialmente perdedoras e ganhadoras, ou ambas perdedoras, mas nunca podem ser ambas ganhadoras.”<sup>173</sup> (tradução nossa).

Em direção oposta, os mecanismos de resolução alternativa dos conflitos permitem que as partes, mediante técnicas de tratamento conjunto dos problemas, negociem cooperativamente<sup>174</sup> e “obtenham a solução ganhar x ganhar”<sup>175</sup>. De todas as práticas alternativas, uma, em especial, embasa o estudo da presente dissertação, com vistas à ampliação do paradigma competitivo da lógica processual que é a mediação – a “arte de compartilhar.”<sup>176</sup> Dessa forma, o sentido restrito e tradicional de acesso ao Poder Judiciário encontra-se vinculado à máxima competitiva, ao passo que o sentido amplo de exequibilidade no acesso à justiça reside na ampliação deste paradigma competitivo para a tutela cooperativa.

---

<sup>171</sup> ELTEMAN, Remo F. Métodos no pacíficos de resolución del conflictos: el litígio. **Revista Libra**, n. 3, p. 21-25, mar. 2007, p. 22.

<sup>172</sup> Original: “Es el " acceso a la justicia " (entendida como el poder judicial) y el otro es el acceso a la justicia como solución justa”. ÁLVAREZ; HIGHTON; JASSAN, 1996, p.28.

<sup>173</sup> Original: “una parte será ganadora mientras que la otra será perdedora, alguna veces tanto ambas partes serán parcialmente ganadores como perdedores, pero nunca puede ser ambas ganadora. ÁLVAREZ; HIGHTON; JASSAN, 1996, p. 36.

<sup>174</sup> Ressalta-se que o comportamento estratégico das partes entre cooperar e competir e as classes de resultados entre ganhar ou perder serão objetos de discussão no terceiro Capítulo com vistas a tornar mais exequível o acesso à justiça.

<sup>175</sup> ÁLVAREZ; HIGHTON; JASSAN, loc. cit.

<sup>176</sup> WARAT, Luiz Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 40.

A versão ampla do acesso à justiça maximiza o conteúdo deste Direito, não estando afeito exclusivamente ao direito processual. Deveras, a identificação do direito à jurisdição não pode ser estudada nos acanhados limites aos órgãos judiciais já existentes, pois não se trata, referendando o marco teórico de Kazuo Watanabe, de “possibilitar o acesso à justiça como instituição estatal, mas sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.”<sup>177</sup>

Sopesado o seu termo, percebe-se que a ideia de acesso à justiça significa, hoje, não simplesmente acesso à tutela jurisdicional do Estado, uma vez que se traduz como a generalização de diversos mecanismos para tratamento dos conflitos. Nos termos contemporâneos ambientados no cenário jurídico, as disputas vão além do sistema judiciário de estabilização dos conflitos, notadamente ao revés de um Poder Judiciário ideologicamente estrategista que retroalimenta a cultura forense. A esse respeito, importantes são as reflexões apresentadas por Rodolfo de Camargo Mancuso, pois:

Embora hoje se vá gradualmente reconhecendo o anacronismo de qualquer ideia de “monopólio estatal” na distribuição da justiça, não há como negar que ainda assim a cultura demandista ou judiciarista ainda grassa entre nós, fazendo com que o serviço judiciário estatal seja ainda muito procurado, num crescente e incessante aumento da demanda, a que se tem tentado (equivocadamente) responder com o crescimento desmensurado do Judiciário, tudo ao final resultando na oferta de uma justiça de massa, prenhe de carências e deficiências diversas. [...] Num contexto que tem num pólo o estímulo à judicialização dos conflitos, e, noutro, a desinformação quanto às outras possibilidades de resolvê-los, não é de estranhar a formação de imensa sobrecarga de processos judiciais, a evidenciar o claro equívoco da política que aposta no crescimento físico do Judiciário, descurando que o aumento da oferta acaba por retroalimentar a demanda, criando,

---

<sup>177</sup> WATANABE, 1988, p. 3

ademais, uma expectativa que o Estado não consegue atender.<sup>178</sup>

Dessa forma, embora, também hoje, culturalmente se agregue ao Poder Judiciário, a missão de acesso à justiça, insiste-se que a gestão por este poder, basicamente envolta da vitória sobre o adversário, deve “caminhar” ao encontro de formas alternativas no tratamento das demandas<sup>179</sup>, superando o modelo tradicional e restrito de acesso delimitado pelos resultados, para o enquadramento maximizado de direito humano e fundamental na estabilização dos conflitos, com base na ação social e participativa presente na justiça coexistencial ou conciliatória.

### 2.6.1 Direito humano e fundamental de acesso à justiça

O acesso à justiça não representa apenas mais um direito entre tantos outros, porém compreende o sentido amplo pela disposição ao cidadão de diversos instrumentos para estabilização dos conflitos que ultrapassam o procedimento do Poder Judiciário, superando a visão formal, do outrora, Estado Liberal burguês, para firmar-se como a garantia do próprio Estado Democrático de Direito.

Disso resulta que o acesso à justiça recebe proteção específica, pois é de suma importância para o cidadão ter o direito de “ver” as dimensões dos direitos reconhecidos e satisfeitos. Por meio da proteção que o acesso à justiça recebe do ordenamento, alberga-se o cidadão contra todos os atos que possam violar o direito ao tratamento dos conflitos.

Por esse pressuposto, o acesso à justiça apresenta a natureza jurídica híbrida de direito humano e também fundamental, isto é, sua função principal consiste em ofertar, por meio de diversos mecanismos, a solução ao litígio e garantir a cidadania participativa que “inicia antes do processo, no pleno exercício e na construção da sociedade democrática, na educação para os direitos humanos.”<sup>180</sup>

---

<sup>178</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito (nota introdutória). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 98, v. 888, p. 9-36, out. 2009, p. 10.

<sup>179</sup> E, assim a política judiciária tem tentado “caminhar”, conforme instrumentos de incentivos à lógica cooperativa, como por exemplo, a Resolução 125 CNJ, o Novo Código de Processo Civil e a Lei 13.140/205 – Lei da Mediação, como marcos regulatório e incentivo à estratégia cooperativa.

<sup>180</sup> ANNONI, Danielle. **O direito humano de acesso à justiça no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 169.



Como é um direito humano e também fundamental, desde já convém trazer à baila a diferenciação entre ambos, bastante didática, elaborada por Ingo Wolfgang Sarlet:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco de caráter supranacional (internacional).<sup>181</sup>

Considerando a abordagem feita pelo mencionado autor, ressalta-se que além de humano, o acesso à justiça também é um direito fundamental, conforme se passa a explicar.

No tocante ao Direito Humano é importante lembrar que a Declaração dos Direitos do Homem, consequência da Revolução Francesa de 1789, modificou o conceito de cidadania até então vigente. Com efeito, até aquele momento, os cidadãos eram apenas “os homens que participavam do funcionamento do Estado, os titulares de direitos políticos, portanto [...]”.<sup>182</sup>

A partir de 1789, desenvolve-se a concepção abrangente de cidadania como aquela “condição inerente ao sujeito de direito decorrente da sua inserção na sociedade civil contemporânea.”<sup>183</sup> A ideia é, pois, que todo homem possui direitos intimamente ligados a sua própria natureza, os quais precisam ser protegidos, numa modalidade de

---

<sup>181</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006, p. 35 e 36.

<sup>182</sup> COMPARATO, Fabio Konder. A nova cidadania. **Lua nova**: Revista de cultura política, São Paulo, n. 28-29, p. 85-106, 1993, p. 85.

<sup>183</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais**: novos direitos e acesso à justiça. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 180.

cidadania universal. E, é justamente sobre as bases dessa cidadania universal a qual Fernando Pagani Mattos lembra a criação do acesso à justiça como “direito humano e fundamental, afastando-se da matriz epistemológica individual – liberalista.”<sup>184</sup>

Assim sendo, especificamente, o art. 10<sup>185</sup> da Declaração Universal dos Direitos do Homem e o art. 14<sup>186</sup> do Pacto internacional de Direitos Civis e Políticos, declaram que todo o indivíduo tem direito ao acesso à justiça em igualdade de condições. De acordo com Daniela Annoni, o status de Direito Humano conferido ao acesso à justiça é uma conquista recente do Estado de Direito, no qual a “relação entre justiça-poder e direito de acesso passa a ser compreendida por meio do referencial humano, tornando o indivíduo sujeito de direito e, portanto, detentor de expectativas frente ao Estado, dentre eles a administração da justiça.”<sup>187</sup>

---

<sup>184</sup> MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à justiça**: um princípio em busca de efetivação. Curitiba: Juruá, 2009, p. 72.

<sup>185</sup> Artigo 10º -Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, de que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 08 set. 2015.

<sup>186</sup> Art. 14 - Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores. BRASIL. Decreto N° 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acesso em: 08 set. 2015.

<sup>187</sup> ANNONI, 2008, p. 29.

Além de Direito Humano, afigura-se o Direito fundamental, inserindo-se no rol do art. 5º de direitos e garantias fundamentais da CRFB:

Em rigor, a própria constituição Federal de 1988 elege o acesso à justiça com direito fundamental. Com efeito, a partir do momento em que o Estado passou a garantir justiça à população, independentemente das condições econômicas, sociais, culturais etc., deve fazê-lo de maneira imparcial, ou seja, assegurá-la incondicionalmente a todos os que dela necessitarem [...]. Esse entendimento suscita que o acesso à justiça abrange todas as áreas do poder, de maneira que os cidadãos possam exercer seus direitos inclusive frente a atividades estatais. Desse movimento, garantem-se os fundamentos da democracia e da estrutura de um Estado fundado sobre suas bases. Eis o novo argumento que determina a compreensão do acesso à justiça como direito fundamental, uma vez que – ao proporcionar o mínimo existencial do cidadão – efetiva-se também a dignidade da pessoa humana.<sup>188</sup>

Examina-se o acesso à justiça como direito fundamental que ocupa posição destacada em relação aos demais direitos ou, conforme tratamento dispensando por Boaventura de Sousa Santos, denomina-se “direito de charneira”.<sup>189</sup> Afora ser direito fundamental, o acesso à justiça tem o condão de garantir a efetividade aos demais direitos e, por isso, exige ordem jurídica justa, como disse Kazuo Watanabe, e, que deva ser efetivo e igualitário, como proferem Mauro Capelletti e Bryant Garth.

Desse modo, o fim social do acesso à justiça somente é atingido por meio da sua natureza jurídica de direito humano e fundamental,

---

<sup>188</sup> MATTOS, 2009, p. 72.

<sup>189</sup> Ao elaborar a análise do acesso à justiça num contexto histórico, o autor expõe que a “consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado - providência - transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito de charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismo que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e funções mistificadores”. Vide: SANTOS, 2003, p. 167.

garantidora dos mecanismos processuais adequados. Juntamente com a vontade do cidadão de “procurar e ver” seu direito atendido, reconhecido e satisfeito, o acesso à justiça não existe sem poder de mando do sujeito sobre a coisa para alcançar a sua finalidade.<sup>190</sup>

A partir de tais referenciais teóricos, o mais apropriado com os ideais do Estado contemporâneo é conceber o acesso à justiça no sentido amplo, traduzido como direito humano e fundamental à apreciação dos interesses violados. A garantia de tratamento pode ser protagonizada por mecanismos outros que não apenas a gestão pelo Poder Judiciário, os quais aperfeiçoam a solução minimamente consensuada, impondo-se repensar o modelo restrito e tradicional de justiça institucionalizada.

### **2.6.2 O acesso à justiça no sistema jurídico brasileiro e a versão gerencial do Poder Judiciário pelo método da justiça em números**

O acesso à justiça é direito complexo e ao mesmo tempo instrumental e substantivo, seu conteúdo não se esgota na admissão pela jurisdição, mas a esta transcende e aponta ao efetivo acesso a outros direitos humanos.

No contexto de redemocratização Brasileira, o instituto do acesso à justiça pode ser examinado à luz do conjunto político e jurídico da história mais recente. De um modo geral, a definição conceitual pela doutrina Brasileira parte das noções de Mauro Cappelletti e Bryant Garth e se adaptam à realidade pátria, conforme explica Marcellino Junior:

A partir da década de 80 do século XX, começaram a tomar corpo movimentos sociais diversos, seja das classes mais desafortunadas, seja de outros seguimentos. Inúmeras publicações científicas abordavam temas ligados aos direitos fundamentais e, em especial, o relativo ao acesso à justiça de forma igualitária e eficiente, na busca de um sistema jurídico mais atuante, moderno e participativo. No ano de 1988, veio a lume a nova Constituição Brasileira, consagrando o âmbito dos direitos individuais e sociais, prevendo a criação de mecanismos adequados para garanti-los,

---

<sup>190</sup> Nesse aspecto: FARIAS, Jéferson Albuquerque. Garantia de acesso à justiça. **Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 49-61, jul. 1999, p. 60.

especialmente no que se refere ao acesso à justiça.<sup>191</sup>

Nesse sentido, o discurso da escola de Florença faz muito sentido em um País como o Brasil, que editava, à época, sua nova Constituição, com preocupações muito voltadas aos graves problemas sociais existentes. Por isso, no Sistema Jurídico Brasileiro, o movimento do acesso à justiça ganha maior visibilidade a partir da CRFB. Especificamente, a CRFB, no seu artigo 5º, assegura o acesso à justiça como garantia-pilar do próprio Estado democrático de Direito em específicos pontos: no inciso XXXV, no qual referenda que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito, e no inciso LXXIV, que afirma que o Estado prestará assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovem hipossuficiência de recurso.

O empenho na promoção do acesso à justiça impulsiona também modificações na Organização Judiciária Brasileira, havendo a criação de varas especializadas, a implantação dos juizados especiais e até mesmo a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>192</sup>, como órgão de controle do Judiciário, responsável por assegurar que a prestação jurisdicional se dê em respeito, notadamente, ao princípio da eficiência.

Vê-se, pois, que o significado do termo acesso à justiça no Sistema Judicial Brasileiro é hoje, mais amplo de Direito fundamental se comparado ao da elaboração do seu enunciado constitucional, pois naquela época, a preocupação em relação ao acesso era o de promovê-lo em sentido literal, ou seja, permitir que as pessoas pudessem ingressar com uma ação para ver tutelado seu direito.

Atualmente, contudo, a percepção vai além dessa teoria clássica, entendendo que, para o exercício de fato do acesso à justiça, deve-se permitir o ingresso com ação judicial, mas também a solução em tempo hábil e apreciada com a devida qualidade pelos magistrados, nos termos do princípio da duração razoável do processo.

Não obstante à estabilização dos conflitos como direito de acesso à justiça devesse ser cumprido adequadamente, fato é que ao longo do

---

<sup>191</sup> MARCELLINO JUNIOR, 2014, p. 139.

<sup>192</sup> O CNJ, criado pela emenda n. 45/2004, é órgão do Poder Judiciário, ao qual foi atribuída competência de controlar a atuação administrativa e financeira deste mesmo Poder, bem como o cumprimento funcional dos juízes. Dentre suas atribuições constitucionais, encontra-se o dever de promover políticas públicas judiciárias que aprimorem o acesso à justiça e a solução das demandas que lhe são postas.

tempo houve certa frustração em relação a este prometido amplo acesso. Num País como o Brasil, com dificuldades de investir no aparato estatal, tendo por consequência um Poder Judiciário limitado em termos de recursos, fica cada vez mais difícil atender a todas as novas demandas judiciais em tempo e forma razoáveis. Nesse contexto, a objeção fundada no caráter burocrático do Poder Judiciário aponta entraves ao acesso a uma ordem jurídica justa, razão pela qual se implementa no Sistema Brasileiro, nova forma de gerência administrativa pelo método da “justiça em números”.

Tendo em vista o sintoma de descrédito no Poder Judiciário vinculado ao sentido restrito e tradicional de acesso, codifica-se, nos últimos anos, o novo modelo de administração da justiça, baseado na versão gerencial pela justiça em números, implantado pelo CNJ.

Tal protótipo, calcado no estabelecimento de metas de resultados, aliado à aferição quantitativa de produtividade, é fruto da renovação gerencial de Estado em 1998 e da reforma do Poder Judiciário em 2004, cujos pontos de partida são o reconhecimento da eficiência como parâmetro balizador da política pública de gestão.

Nesta nova lógica economicista, o Estado torna-se máquina administrativa produtiva e eficiente, razão em que ganha destaque o princípio da eficiência como parâmetro predominante em relação à nova forma de pensar a gestão da administração pública. Disso resultam as Emendas Constitucionais nº19<sup>193</sup> e a nº45<sup>194</sup> que, entre outros objetivos, trazem à CRFB a legitimidade ao pensamento economicista com a inserção do princípio da eficiência, que passa a ser aplicado pelo Poder Judiciário, conforme demonstra o documento n.º 319 do Banco Mundial, que analisa a situação dos Tribunais da América Latina e do Caribe:

O Poder Judiciário, em várias partes da América Latina e Caribe, tem experimentado em demasia longos processos judiciais, excessivo acúmulo de

---

<sup>193</sup> Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administra Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e fianças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 19, de 04 de junho de 1998.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm)> . Acesso em: 08 set. 2015.

<sup>194</sup> Conhecida como a reforma do Poder Judiciário por alterar diversos dispositivos. Para detalhes: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm)> . Acessado em: 08 set .2015.

processos, acesso limitado à população, falta de transparência e previsibilidade de decisões e frágil confiabilidade pública no sistema. Essa ineficiência na administração da justiça é um produto de muitos obstáculos, incluindo a falta de independência do judiciário, inadequada capacidade administrativa das Cortes de Justiça, deficiência no gerenciamento de processos, reduzido número de juízes, carência de treinamentos, prestação de serviços de forma não competitiva por parte dos funcionários, falta de transparência no controle de gastos de verbas públicas, ensino jurídico e estágios inadequados, ineficaz sistema de sanções para condutas anti-éticas, necessidade de mecanismos alternativos de resolução de conflitos e leis e procedimentos enfadonhos. Este trabalho pretende discutir alguns dos elementos da reforma do judiciário, apresentando alguns exemplos da região. Esperamos que o presente trabalho auxilie governos, pesquisadores, meio jurídico o staff do Banco Mundial no desenvolvimento de futuros programas de reforma do judiciário.<sup>195</sup>

A partir do cenário constatado, o Banco Mundial elenca recomendações para ampla reforma do Poder Judiciário, voltadas ao propósito de produtividade e celeridade, adentrando, inclusive, no modo de gerir as finanças e a administração do Poder da República.

Especificamente, cria-se a análise jurimétrica, convergida da Ciência Social aplicada, o Direito, e da Ciência Matemática Aplicada - Estatística, com o objetivo de ofertar dados empíricos para melhor planejar a gestão do Poder Judiciário. O modelo é objeto de estudo da Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ), fundada em 2009, com o apoio da Associação dos Advogados de São Paulo, Instituto de Matemática e Estatística da Universidade de São Paulo e da Sociedade Brasileira de Direito Público, e pretende, diferentemente das normas abstratas, a sumarização no planejamento das condutas.

---

<sup>195</sup> DAKOLIAS, Maria. **O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: Elementos para uma Reforma.** 1996. Disponível em: < <http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf> >. Acesso em: 5 set. 2015.

A jurimetria é, portanto, a disciplina resultante da aplicação de modelos estatísticos na compreensão dos processos e fatos jurídicos. [...] a jurimetria, ao descrever os interessados concretos dos agentes jurídicos, seus conflitos e as soluções oferecidas pelos julgadores, pode auxiliar o direito a entender melhor o que os cidadãos esperam das autoridades e, assim, auxiliar as autoridades a elaborar leis mais adequadas à realidade social. Ao descrever a vida concreta do direito, a jurimetria se torna uma ferramenta fundamental para desenvolver institutos jurídicos mais justas e capazes de realizar as aspirações políticas da sociedade.<sup>196</sup>

Neste aspecto, entende-se que a jurimetria traz a precisão dos números às abstrações jurídicas, em prol de decisões bem elaboradas e que reflitam à sociedade Brasileira. Isso porque o Brasil, em razão da ascensão de padrões civilizados de cidadania e consumo, enfrenta diariamente o excesso de processos e a lentidão nos julgamentos.

Embora o modelo da justiça em números aproxime o Poder Judiciário da “ideia de empresa, pautada na diretriz da relação custo-benefício”<sup>197</sup>, os “novos conflitos, pequenos e metaindividuais dos carentes organizacionais e das pessoas vulneráveis”<sup>198</sup>, presentes na sociedade contemporânea, revelam a litigiosidade contida, o aumento da distância entre o povo e acesso à justiça e, ainda, transparecem os diversos obstáculos, reforçando a necessidade de tornar-se exequível o conteúdo do acesso à justiça.

### 2.6.3 Os obstáculos à efetivação do acesso à justiça

Na abordagem dos obstáculos para o acesso à justiça, destacam-se, de maneira pontual, os elementos em nível global que aparecem com maior destaque na doutrina.<sup>199</sup> As causas das barreiras são múltiplas, versando desde os fundamentos econômicos, passando pelos sociais,

---

<sup>196</sup> NUNES, Marcelo Guedes. **O que é jurimetria:** como se fazem boas leis. A jurimetria no serviço da advocacia. Disponível em: <<http://abjur.org.br/o-que-e-jurimetria.php>>. Acesso em: 05 set. 2015.

<sup>197</sup> MARCELLINO JUNIOR, 2014, p. 163.

<sup>198</sup> ARAÚJO; DINAMARCO; GRINOVER, 2006, p. 31 e 116.

<sup>199</sup> Adverte-se que a pretensão não é esgotar a integralidade das barreiras ao acesso à justiça, mas, sim, destacar os principais entraves que impedem o referido acesso e, por consequência, a concretização deste direito.



culturas, políticos, até chegar aos técnicos - processuais. Resumidamente, segundo Boaventura de Sousa Santos, os obstáculos são de três ordens: “econômica, social e cultural.”<sup>200</sup>

A desigualdade socioeconômica como entrave ao acesso à justiça está conectada com a carência de recursos financeiros por grande parcela da população e nos elevados custos processuais. A “jurisdição aristocrática”<sup>201</sup>, na qual se paga pelos serviços judiciais prestados, implica nos custos da demanda, em especial os honorários advocatícios e as despesas judiciais. Embora a política Judiciária já tenha criado mecanismos, como os Juizados Especiais e a assistência judiciária gratuita, para garantir o acesso à justiça amplo aos cidadãos, fato é que as dificuldades persistem gerando dificuldade no acesso ao direito.

O problema social está na não informação que deveria ser repassada à população sobre seus direitos, já que o conhecimento promove o pleno desenvolvimento da pessoa e a prepara para o exercício da cidadania. Disso decorre que os indivíduos possuem dificuldades em compreender o problema jurídico que lhe afeta e, por consequência, a escolha do melhor mecanismo para estabilização dos conflitos.

Com o problema social referente à falta de informações, gera-se barreira cultural também ligada à educação, pois o sistema educacional ainda resta fixado ao formalismo, ou seja, os profissionais mantêm a visão acadêmica do Estado – Juiz – responsável por tratar os conflitos. Nesse sentido, lembra Horácio Wanderlei Rodrigues que:

O formalismo vigente tem origem em grande parte não em problemas legais, mas em uma formação positivista que não permite aos bacharéis em Direito trabalharem competentemente com os instrumentos fornecidos pela hermenêutica e pelos princípios gerais do Direito. Uma hermenêutica crítica, que viabilize essa prática, através de uma interpretação instrumental, deve levar em consideração os diversos escopos da jurisdição, os princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, bem como os princípios

---

<sup>200</sup> SANTOS, 2003, p. 168.

<sup>201</sup> Expressão de: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: Teixeira, Sávio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 34.

constitucionais do direito. O ensino jurídico tem grande parcela de culpa nesse aspecto.<sup>202</sup>

Dessa forma, não se pode ter efetivo acesso à justiça sem bacharéis em Direito devidamente qualificados e aptos pela hermenêutica crítica a compreenderem outra lógica de justiça, diversa do sistema jurídico tradicional do “ganhador x perdedor”, alimentado pelo formalismo.

Por consequência de tais barreiras, salienta-se que somente a criação de novas instituições não é suficiente para abrandar as dificuldades existentes ao alcance do acesso à justiça efetivo e igualitário. Lembra-se que as reformas judiciais não são substitutos eficientes para mudanças políticas e sociais, sendo chegado o momento de tornar adequado o conceito de acesso à justiça como direito à estabilização dos conflitos, independente do instrumento de garantia, repensando o modelo vigente de justiça institucionalizada.

#### **2.6.4 A exequibilidade do acesso à justiça pelo enfoque da justiça coexistencial**

O Estado toma para si a função de estabilização dos conflitos pelo monopólio da força legítima e a delega ao Sistema Judiciário que a assume por meio da característica reinante das partes em se enfrentarem como inimigos, racionalizando a vingança privada.

No momento em que o Poder Judiciário passa a reinar como único mecanismo de impor regras aos tratamentos dos conflitos, mantem-se a cadeia vingativa, porquanto a função que o sistema legal atribui ao juiz é interromper o conflito e decidir. Por isso, segundo Eligio Resta, ao “instrumento do Poder Judiciário não é confiado o exercício da virtude, mas a difícil tarefa de dizer a última palavra sobre os conflitos e, graças a isso, minimizar a violência evitando o seu perpetuar.”<sup>203</sup>

Além disso, da mesma forma como o cidadão de outrora esperava que o Leviatã resolvesse a guerra de todos contra todos, pairando a segurança, a sociedade atual transfere ao Poder Judiciário os conflitos na ânsia dos juízes os decidirem. Entretanto, por derivar de múltiplos fatores, o conflito se mostra complexo, podendo, no máximo, ser estabilizado temporariamente, e, por essa razão, atualmente há explosão

---

<sup>202</sup> RODRIGUES, 1994, p. 128.

<sup>203</sup> RESTA, 2004, p. 208.

de litigiosidade e morosidade que mantém o Poder Judiciário numa crise de eficiência.

Neste contexto de ineficiência do aparelho jurisdicional, os “métodos alternativos”<sup>204</sup> como a mediação, a conciliação e a arbitragem ressurgem como técnicas que se ocupam em fortalecer a comunicação entre os interesses disponíveis e formam o enfoque da justiça coexistencial, conciliatória ou sistema “multiportas”, as quais ampliam o conceito de acesso à justiça na medida em que complementam o instrumento do Processo Civil prestado pelo Poder Judiciário na busca da pacificação, ou seja, abrem-se outras “portas” nos serviços de justiça prestados pelos Tribunais.

O novo conceito de justiça, a dita coexistencial, advém do contexto em que a via tradicional de tratamento dos conflitos pela tutela jurisdicional do Poder Judiciário tem se mostrado ineficiente em razão da morosidade e litigiosidade, motivo pelo qual se busca atualmente a obtenção de consenso e novas formas de participação na administração da justiça e de gestão racional dos interesses.

A justiça coexistencial não se limita a ditar autoritariamente a regra do caso concreto sem pacificar a lide sociológica, em geral mais ampla, mas dirige-se ao futuro, pois enquanto a “justiça contenciosa volta-se ao passado, julgando e sentenciando, a coexistencial ou conciliatória compõe, concilia e previne situações de tensões e rupturas, exatamente onde a coexistência é relevante elemento valorativo.”<sup>205</sup>

Ressalta-se que a proposta da criação de formas alternativas de justiça, baseada na justiça coexistencial, é defendida por Mauro Cappelletti na conferência pronunciada em Curitiba, desde 18 de novembro de 1991, na sessão inaugural do Congresso de Direito Processual:

---

<sup>204</sup> Métodos ou meios alternativos de tratamento de conflitos é a denominação mais utilizada na obtenção da estabilização do conflito à margem da via jurisdicional. Na doutrina internacional as expressões utilizadas são: a) ADR – *Alternative Dispute Resolution* para os Norte-Americanos; b) RAD – *Resoluciones Alternativas de Disputas* para Argentinos e nos demais países da América Latina; c) MARC *Modes Alternatifs de Règlement des Conflits* para os Franceses.

<sup>205</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: \_\_\_\_\_; WATANABE, Kasuo; LAGRASTRA NETO, Caetano (Coor.). **Mediação e Gerenciamento do Processo** - revolução na prestação jurisdicional: guia prático para instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2008, p. 4.

Entendo, com efeito, que em muitos aspectos da vida contemporânea o que mal se justifica é precisamente o caráter contencioso da relação, o qual deve ser, tanto quanto possível, evitado ou atenuado. Isso é verdade sobretudo quando entre as partes subsistem relações duradouras complexas e merecedoras de conservação. Em tais relações, a lide não representa outra coisa senão um momento ou sintoma de tensão que, nos limites do possível, deve ser tratada. A decisão judicial emitida em sede contenciosa presta-se otimamente a resolver relações isoláveis e meramente interindividuais; ela se dirige a um episódio do passado, não destinado a perdurar. A justiça coexistencial, pelo contrário, não visa a tracher a decidir e definir, mas antes a “remendar” (falei justamente de uma mending justice) uma situação de ruptura ou tensão, em vista da preservação de bem mais duradouro, a convivência pacífica de sujeitos que fazem parte de um grupo ou de uma relação complexa, a qual dificilmente poderiam subtrair-se.<sup>206</sup>

A ideia de Mauro Cappelletti da justiça coexistencial que tenha como objetivo principal a preservação da convivência pacífica é a aposta na constituição de novas esferas da justiça, externas ao formalismo dogmático da tutela jurisdicional, sem que se substitua o Poder Judiciário nos casos relativos aos direitos indisponíveis. Isso porque há situações em que a atuação do Poder Judiciário é imprescindível e, em outras, a justiça coexistencial é a mais apta a produzir resultados qualitativamente melhores do que os processos contenciosos, na medida em que se solvem divergências harmonizando e não acirrando os ânimos.<sup>207</sup>

Entretanto, não há concorrência entre as duas “justiças”; tradicional pelo Poder Judiciário e coexistencial pelos meios alternativos, pois esta não esvazia a tutela jurisdicional, mas deve ser

---

<sup>206</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, p. 120-128, abr./maio/jun. 1992, p. 122.

<sup>207</sup> Acompanha: LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à Justiça e os Mecanismos Extrajudiciais de Solução de Conflitos**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

entendida como técnica de auxílio das políticas públicas de acesso à justiça, atendendo-se ao escopo de pacificação social dos litígios. O intuito é colocar à disposição dos cidadãos outras formas de solução das controvérsias, que não apenas o Processo Civil pela tutela jurisdicional, pois o postulante não deve ser obrigado a adentrar no combate do processo; possuindo opções de escolher entre os meios mais aptos para solução das suas controvérsias.

Neste âmbito, ambos os métodos – o judicial da justiça tradicional quanto o judicial ou extrajudicial da justiça coexistencial – devem formar o gênero sobre a estabilização dos conflitos, tendo em vista que cada meio é específico na solução de determinado assunto, podendo assim, fornecer tratamento mais adequado e efetivo. O método tradicional cuida dos direitos indisponíveis, enquanto os mecanismos alternativos se responsabilizam pelas questões relativas a direitos disponíveis, embora todos visem único fim, que é garantir o acesso à justiça para todos.

Assim como a jurisdição não tem apenas escopo jurídico, mas também social e político, a adoção das vias conciliativas/alternativas ao processo também se insere no plano da política judiciária e se enquadra na concepção mais ampla de acesso numa perspectiva de pacificação social.

Dentre as várias maneiras possíveis de solucionar as controvérsias, diferem-se os métodos adversarial da justiça contenciosa daquele não adversarial da justiça coexistencial, sobretudo quanto à postura das partes frente ao conflito estabelecido. Especificamente, os processos que se caracterizam pelo enfrentamento das partes e pela existência de decisão imperativa de terceiro como na arbitragem e a tutela processual pelo Poder Judiciário são em essência adversariais e, por isso, conduzem ao resultado em que uma parte “ganha e a outra perde”. Já a técnica em que não existe terceiro acima das partes, como na mediação, mostra-se não adversarial e, por conseguinte, conduz ao “caminho” diverso da lógica binária entre “ganhar e perder”, pois observam a singularidade de cada participante nos conflitos, considerando as opções de ganhar conjuntamente, construindo em comum as bases de um tratamento efetivo, colaborativo e consensuado.

Havendo possibilidade das partes atuarem em conjunto na busca da solução do problema existente, de modo que o resultado seja satisfatório para todos os envolvidos, prevalece a cooperação sobre a competição, perfectibilizando-se o método não adversarial da mediação no tratamento dos conflitos, o que possibilita por meio da restauração do diálogo e do olhar sobre a outra parte a análise de toda a gama de

questões envolvidas. O trabalho cooperativo entre as partes na tomada da decisão em que todos se beneficiem ressalta a responsabilidade dos participantes, os quais passam a ser os protagonistas pela solução encontrada no problema, e cujo resultado certamente leva as partes a terem maior consciência quanto à indispensabilidade no cumprimento de eventual acordo.

Logo, a exequibilidade do acesso à justiça pelo enfoque da justiça coexistencial ou conciliatória oferece procedimento alternativo para que todos, sem exceção, possam usufruir da justiça mais rapidamente ou tenham seu acesso facilitado. O novo enfoque demonstra que acesso à justiça não se restringe aos métodos tradicionais já existentes, pois deve ser o acesso à justiça entendido como o direito à solução para o problema proposto, dentro do prazo considerado razoável, não acirrando os ânimos das partes.

Dentro deste raciocínio de metamorfose na administração plural da justiça, insere-se a última *ratio* de toda a filosofia e o próprio idealismo daqueles que estão empenhados em alcançar mudanças razoáveis e factíveis para o acesso à justiça, podendo o mencionado direito ser definido nos seguintes termos: a) historicamente como um movimento visto a partir do Estado Social e da “terceira onda” de Mauro Cappelletti e Bryant Garth; b) conceitualmente como o direito amplo (maximizado) que não se limita ao pseudo paradigma de acesso ao Poder Judiciário, porque inclui mecanismos alternativos, conforme lição de Ada Pellegrini Grinover; c) além disso, para sua integralidade exige uma ordem jurídica justa, como disse Kazuo Watanabe, e deve ser efetivo e igual nas palavras de Mauro Capelletti e Bryant Garth; d) apresenta natureza jurídica de direito humano (universal) no plano internacional e direito fundamental no sistema jurídico brasileiro, conforme art. 5º da CRFB; e) por fim, pode tornar-se mais exequível por outro enfoque de justiça, dita coexistencial, perfectibilizada com os diversos métodos alternativos dentre eles; pela mediação que transforma o paradigma vigente do “ganhador x perdedor” em apenas ambos ganhadores, cuja metodologia para este alcance será feita com fundamento na Análise Econômica do Direito (AED), especificamente pelo elemento microeconômico da teoria dos jogos, descrita no Capítulo seguinte.

### 3 A INTERDISCIPLINARIDADE ENTRE DIREITO E ECONOMIA NO BRASIL: RESPOSTA CORRETA OU SOMENTE UM DIÁLOGO POSSÍVEL?

Para maior exequibilidade do acesso à justiça, é necessário experimentar a transição no modelo de justiça institucionalizada pelo Poder Judiciário para o paradigma da justiça coexistencial e os diversos mecanismos no tratamento dos conflitos. Para esta mudança, apresenta-se a interdisciplinaridade entre a Ciência Jurídica e a Econômica, especialmente pelo elemento Microeconômico da teoria dos jogos, que interliga acesso à justiça e outros meios de soluções aos litígios.

Embora as interações entre as duas Ciências pareçam “diálogos entre estrangeiros”<sup>208</sup>, especialmente porque a metodologia aplicada pelo Sistema Jurídico importa em ser “hermenêutica com aspiração na justiça ao passo que a Econômica implica na matemática com bases empíricas”<sup>209</sup>, fato é que o estudo interdisciplinar apresenta-se como discussão importante e possível no Brasil, para subsidiar o alargamento paradigmático que se pretende.

Tendo em vista que o desenvolvimento humano ocorre em meio a dinâmica “mercadológica”<sup>210</sup>, da reciprocidade dos interesses e, que o Direito objetiva regulamentar tais comportamentos, a dicotomia entre as disciplinas, como bem sugere Hayek, é “altamente destrutiva”<sup>211</sup>, porquanto a eliminação da interdisciplinaridade impede o exame dos problemas jurídicos para além da realidade abstrata da norma.

Desta forma, se a busca pela ordem social adequada perpassa por diversos ângulos, não se mostrando apropriado esgotar os estudos na eleição de “um único método”<sup>212</sup>, a presente dissertação utiliza instrumental analítico e descritivo da realidade, presente na Ciência

---

<sup>208</sup> ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011, p. 6.

<sup>209</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: Teoria e Prática**. São Paulo: Ed. Método, 2006, p. 271.

<sup>210</sup> Nesse sentido: TROSTER, Roberto Luis. **Introdução à economia**. São Paulo: Makron Books, 2002, p. 07.

<sup>211</sup> HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios**. São Paulo: Visão, 1985, v. 1.

<sup>212</sup> FEYERABEND, Paul. **Contra o método**. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2011, p. 92.

Econômica, sobretudo quanto aos “recursos limitados em relação às necessidades humanas infinitas.”<sup>213</sup>

Partindo dessa premissa, este Capítulo visa estudar, na primeira Seção, a literatura que, embora bastante divulgada nos Estados Unidos da América<sup>214</sup>, ainda resta pouco trabalhada no Brasil que é a do *Law and Economics* (LAE) – Análise Econômica do Direito (AED)<sup>215</sup> e suas escolas: Tradicional, Neoinstitucional, Eleição Pública e Estudos à Crítica Jurídica. Em que pese haja divisão no conteúdo epistemológico da teoria, o estudo, sob as “lentes” econômicas, conforme o segundo tópico, compreende o comportamento dos indivíduos ditos racionais e individualistas na análise do custo e benefício frente à escassez dos recursos.

Ao importar da Ciência Econômica a teoria do comportamento humano cria-se subsídios teóricos para problematizar, de modo diferente, o aumento na morosidade do Poder Judiciário, e, por consequência, a necessidade de melhorar o acesso à justiça, concentrando o foco na compreensão da racionalidade dos agentes que utilizam e operam no sistema judicial.

Ato contínuo, são apresentados os conceitos operacionais básicos da AED<sup>216</sup>, dentre os quais se destacam a versão positiva e normativa do

<sup>213</sup> POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 7. ed. Austin: Wolters Kluwer, 2007, p. 3.

<sup>214</sup> Nos Estados Unidos, a disciplina já vem sendo lecionada em todas as Faculdades de Direito desde os anos de 1970 e 1980. Para se ter uma ideia mais precisa sob a influência naquele País, basta lembrar que em meados da década de 1980, pelos menos três notórios da Suprema Corte Americana; Antonin Scalia, Robert Bork e Douglas Ginsburg, declaravam-se adeptos da disciplina de Direito e Economia, conforme declarado na obra: DONOHUE III, John J. . “Law and economics: the road not token”. **Law & Society Review**, v. 22, n. 5, 1988, p. 904.

<sup>215</sup> A literatura estrangeira baseada em autores como Richard Posner, Guido Calabresi, Gary Becker e Ronald Coase, tradicionalmente empregam as expressões “Law and Economics” e “Economic Analys of Law” para designar a abordagem entre Direito e Economia tradicional.

<sup>216</sup> Outros conceitos operacionais que não serão examinados nesta dissertação dizem respeito à maximização da riqueza e o pragmatismo de Richard Posner. No primeiro momento da carreira, a construção do conhecimento teórico jurídico de Richard Posner encontra fundamento na epistemologia da Análise Econômica do Direito enquanto maximização da riqueza, preferencialmente no papel eficiente do Direito, isto é; do quanto às pessoas estão dispostas a pagar pelo direito alheio ou a vender o seu, numa perspectiva puramente econômica. Repensando mencionada ótica, no início dos anos 1990, o autor publica a obra



movimento, os custos de transação pelo Teorema de Ronald Coase<sup>217</sup> e a Fábula da Tragédia dos Comuns de Garrett Hardin<sup>218</sup>, todos com o escopo de mostrar a teoria não como “resposta correta”; dita única a todos os problemas jurídicos, mas como o movimento composto por elementos capazes de auxiliar o profissional do Direito nas figuras do legislador e magistrado, na compreensão do fenômeno social conflituoso.

Definido o ponto de partida pela “simbiose entre o Direito e a Economia”<sup>219</sup>; tendo em vista que o objetivo do presente trabalho é discutir o acesso à justiça “fora de uma pedagogia padrão”<sup>220</sup>, a última Sessão é dedicada ao estudo do instrumento microeconômico da teoria dos jogos. O referido mecanismo, cujo objeto central é o estudo dos jogos e seus elementos, jogadores, estratégias, regras e *payoffs*, é abordado por autores como Robert Cooter e Thomas Ulen,<sup>221</sup> Ronaldo

em que defende o pragmatismo jurídico enquanto Direito consequencialista. POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

<sup>217</sup> COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **Law & Econ**, v. 3, p. 1-44, oct. 1960. Disponível em: <<http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>>.

Acesso em: 17 nov. 2014.

<sup>218</sup> HARDIN, Garrett. **Tragédia dos Comuns**. Disponível em: <[http://www.academia.edu/9163470/A\\_TRAG%C3%89DIA\\_DOS\\_COMUNS\\_por\\_Garrett\\_Hardin](http://www.academia.edu/9163470/A_TRAG%C3%89DIA_DOS_COMUNS_por_Garrett_Hardin)>. Acesso em: 21 set. 2015.

<sup>219</sup> Destacam-se três formas de simbiose entre Direito e Economia: a) determinismo marxista: para o autor Karl Marx, o Direito é apenas o reconhecimento oficial do fato, no qual a estrutura gera uma superestrutura assegurada pelos elementos jurídicos. Para aprofundamento: Karl Marx. **A miséria da filosofia**. Tradução João Paulo Netto. São Paulo: Global, 1985.

b) Pensamento de Rudolf Stammler é no sentido de que o Direito é a forma do querer tomado como o conceito teleológico que opta por fins e a eles subordina meios, ou seja, há verdade real (fatos) e a verdade formal (jurídica), de modo que cumpre ao Direito coordenar a verdade real. Maiores informações vide: STAMMLER, Rudolf. **Economia y Derecho**. Tradução de W. Roces. Madrid: Ed. Reus, 1929.

c) Mista ou AED: ora o “Direito cria os fatos”, ora os “fatos criam o Direito”, numa reciprocidade de interesses.

<sup>220</sup> ROSA, Alexandre Morais. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 5.

<sup>221</sup> COOTER; ULEN, 2010.

Fiani<sup>222</sup> e Bêrni<sup>223</sup>, e suas “espécies de jogos cooperativos e não cooperativos, com resultados soma zero e diferente de zero”, em autores como Hal R. Varian<sup>224</sup>, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi.<sup>225</sup>

Por meio da estrutura da teoria dos jogos, pretende-se defender que os agentes se comportam de modo competitivo ou cooperativo no interior do sistema judicial, presumindo-se que o litígio pode ser analisado como o cenário estratégico entre as partes.

Desse modo, se o Direito não se acerta entre o conceito de justiça, equidade e norma, a interdisciplinaridade com Ciência Econômica, embora não seja a “resposta correta” porque isto seria o extremo da única forma de interpretá-lo, ou, referendando Niklas Luhmann, seria a “colonização de um sistema por outro”<sup>226</sup>, representa um diálogo possível à disposição dos atores jurídicos.

Portanto, na pretensão de examinar questões nas quais os profissionais de Direito não conseguem conectar com problemas concretos, fica claro que a união dos praticantes da LAE não é a idolatria pela Eficiência ou pela racionalidade, mas sim, o inconformismo com a visão da análise jurídica presa às justificações formais e abstratas do mundo real como meio suficiente ao enfrentamento das controvérsias.

### 3.1 DOS PRIMEIROS CONTORNOS À CONSOLIDAÇÃO DO MOVIMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Antes de adentrar no exame do movimento Direito e Economia, sob a consolidação da terminologia AED convém entender o conceito, variáveis, objeto e a divisão teórica empregada pela Ciência Econômica. Para isso, utiliza-se a história do pensamento econômico<sup>227</sup> como fonte

---

<sup>222</sup> FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos**: para cursos de administração e economia. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006a.

<sup>223</sup> BÊRNI, D.Á. **Teoria dos Jogos**: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso, 2004.

<sup>224</sup> VARIAN, Hal R. **Microeconomia**: conceitos básicos. 7. ed. Tradução: Maria José José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

<sup>225</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

<sup>226</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

<sup>227</sup> Tomando por base uma linha do tempo, a partir do ano de 1700 até 2000, construíram-se diversas escolas econômicas que, segundo a crescente ordem cronológica e seus teóricos principais, referem-se a: mercantilista (Gerard

para compreensão do estudo sobre o funcionamento da Ciência Econômica e a forma como as demais Ciências, por meio deste conhecimento, podem alcançar metas eficientes.

A palavra Economia remonta à Grécia antiga e deriva de *oikosnomos* - no qual *oikos*, significa casa e *nomos*, lei, que significa a Ciência Social responsável pelo estudo de como o indivíduo e a sociedade “decidem empregar recursos produtivos escassos na produção de bens e serviços, de modo a distribuí-los entre as várias pessoas e grupos da sociedade, a fim de satisfazer a necessidade humana.”<sup>228</sup>

Não houvesse escassez ou a necessidade de repartir os bens entre os homens, não existiriam sistemas econômicos, tampouco a própria economia que é, fundamentalmente, o “estudo da escassez e dos problemas dela decorrentes para satisfazer a necessidade humana.”<sup>229</sup>

A exata compreensão do objeto da Ciência Econômica evoluiu historicamente e contemporaneamente o objeto cuida da formação da riqueza e se dedica às questões ligadas à repartição. Segundo José Paschoal Rossetti, o “tratamento do binômio desenvolvimento - repartição - em nível de estudo da Economia atual, mantém-se ligado à dicotomia escassez recursos x necessidades ilimitadas”<sup>230</sup>, ou seja, desenvolvimento vinculado ao aproveitamento ótimo dos recursos disponíveis e a repartição intrínseca às necessidades ilimitada. Desse

Malynes), fisiocrática (Anne Robert Jacques Turgot e François Quesnay), clássica (percursor David Hume, tradicional de Adam Smith, Thomas Malthus, David Ricardo, Bentham), socialista (Henri Comte de Saint-Simon), socialista marxista (Karl Marx), histórica alemã (Max Weber), marginalista (percursor Antoine Augustin Cournot, tradicional Carl Menger, Jacob Viner), neoclássica (Alfred Marshal), neoclássica de economia monetária (Ralph George Hawtrey), neoclássica da concorrência perfeita (Joan Robinson), economia matemática (John Nash), institucionalista (Wesley Clair Mitchell), metainstitucionalista (Oliver Williamson), economia do bem estar (Vilfredo Pareto e Arthur Cecil Pigou), Keynesiana (John Maynard Keynes), crescimento e desenvolvimento econômico (Joseph Alois Schumpeter), novo classismo (Milton Friedman). Catalogação encontrada: BRUE, Stanley L. **História do pensamento econômico**. Tradução de Luciana Penteadó Miquelino. 6. ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

<sup>228</sup> VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. **Fundamentos de economia**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 2.

<sup>229</sup> STONIER, Alfred W.; HAGUE, Douglas C. **Teoria econômica**. Rio de Janeiro: Zahar, 1971, p. 51.

<sup>230</sup> ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 14. ed. rev. atualizada. São Paulo: Atlas, 1990, p. 71.

objeto resulta a divisão no estudo da Ciência Econômica em dois principais ramos:

a) macroeconômica: “cuida do desempenho das economias nacionais e das políticas que os governos usam para tentar melhorar o desenvolvimento”<sup>231</sup>, concentrando-se no estudo “[...] agregativo da atividade econômica, magnitudes globais, com vistas à determinação das condições gerais de crescimento”<sup>232</sup>;

b) microeconômica ou teoria dos preços: “examina as escolhas individuais e o comportamento de grupo em mercados individuais sob condições de escassez e suas implicações para o comportamento de preços”<sup>233</sup>, ou seja, preocupa-se com o comportamento dos consumidores e produtores com vistas à compreensão do funcionamento geral do sistema econômico e, “por isso, também é conhecida como teoria dos preços uma vez que é através do sistema de preços que as ações dos produtores e consumidores podem ser articuladas.”<sup>234</sup>

Assim, a área macroeconômica é responsável pelo estudo dos agregados econômicos, tais como: produto nacional, renda, poupança, despesas e investimentos. Já a microeconomia serve para compreender o comportamento racional e individualista dos homens e as suas tomadas de decisões frente à escassez dos recursos. Tendo em vista que a abordagem microeconômica trabalha a teoria do comportamento humano na análise do custo x benefício na tomada das decisões, para o presente estudo apenas este ramo é considerado, pois pretende-se defender a conduta estratégica competitiva ou cooperativa das partes, dentro do sistema judicial.

A partir desta conceituação, denota-se o quão distante a Ciência Econômica se mostra a princípio do Direito, uma vez que aquela trabalha com dados empíricos para declarar a certeza à comunidade científica, ao passo que este, como fenômeno da realidade e fato histórico, varia de acordo com o tempo e o lugar, dependente de fatores legais para sua validade.

Cabe, assim, lembrar que para Max Weber há um ponto divergente entre a dogmática jurídica que propõe “investigar o sentido correto de normas cujo conteúdo apresenta-se determinante para o

---

<sup>231</sup> FRANK, Robert H; BERNANKE S. Bem; JOHNSTON, D. Louis. **Princípio de economia**. Tradução de Heloisa Fontoura e Monica Stefani. 4. ed. Porto Alegre: AMGH, 2012, p. 15.

<sup>232</sup> ROSSETTI, 1990, p. 71.

<sup>233</sup> FRANK; BERNANKE; JOHNSTON, 2012, p. 15.

<sup>234</sup> ROSSETTI, op. cit., p. 51-52.

comportamento de um círculo de pessoas e a economia social que reside na distribuição do efetivo poder de disposição sobre bens e serviços econômicos.<sup>235</sup> E o autor vai além, argumentando que é evidente que os dois modos propõem problemas totalmente heterogêneos e seus objetos não podem entrar imediatamente em contato, pois a “ordem jurídica em seu plano da vigência não tem diretamente nada a ver com as ações econômicas efetivas no plano dos acontecimentos reais.”<sup>236</sup>

Desse modo, o afastamento, *a priori*, entre as matérias se dá em razão das técnicas empregadas por ambos, uma vez que a Ciência Econômica utiliza a linguagem da matemática, apresenta base empírica e aspira à cientificidade, já o Direito é verbal e escrito, marcadamente hermenêutico e pretende encontrar a justiça.

Por isso, em um primeiro momento, a dogmática jurídica passa a restringir o uso da Ciência Econômica ao estudo das leis antitrustes, regulamentos e indenizações monetárias, limitando o aprofundamento na matéria de Direito Econômico. A ordem econômica serve, então, para responder perguntas vinculadas às “instituições, contratos ou reparações dos danos, como objeto de conhecimento e análise, rompendo o esquema clássico da pureza abstrata e a não contaminação científica no direito.”<sup>237</sup>

No entanto, com o avanço da globalização, precisamente na década de 1960, muitas dúvidas passam a surgir, momento no qual a Ciência Econômica propôs balançar a certeza e a segurança previstas no “método hermenêutico”<sup>238</sup> do Direito, expandindo a LAE para outros ramos.

Diante das novas realidades sociais, a questão que se impunha é porque não ampliar o espectro de incidência da Ciência Econômica no

---

<sup>235</sup> WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Trad. Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. 3 reimpressão. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012, p. 209.

<sup>236</sup> WEBER, loc. cit.

<sup>237</sup> GHERSI, Carlos Alberto. Aproximação à análise econômica do direito e suas conexões com o direito econômico. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, n. 51, ano 13, p. 249-257, jul./set., 2004, p. 255.

<sup>238</sup> Em razão disso, inclusive, alguns autores, cita-se Lênio Luiz Streck, criticam o “estado de exceção hermenêutico econômico”, por fragilizar a tradição jurídica da decisão judicial e a proteção dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático. Para maiores informações vide: STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Direito. Para este questionamento, incentivando a proximidade no diálogo entre Direito e Economia, Luciano Benetti Timm destaca:

[...] brevemente, em primeiro lugar, porque a economia é a ciência que descreve de maneira suficientemente adequada o comportamento dos seres humanos em interação no mercado, que é tão importante para a vida real em sociedade. Em segundo lugar, porque a economia é uma ciência comportamental que atingiu respeitável e considerável padrão científico, sendo hoje uma das grandes estrelas dentre as ciências sociais aplicadas pelo grau de comprovação matemático econométrico de seus modelos. Em terceiro lugar, a ciência econômica preocupava-se com a eficiência no manejo dos recursos sociais escassos para atender ilimitadas necessidades humanas – que é um problema chave quando se falam de direito sociais ou mais genericamente fundamentais.<sup>239</sup>

Desse modo, a Ciência Econômica encontra, em alusão aos autores Robert Cooter e Thomas Ulen, um “nicho vago na ecologia intelectual do direito”<sup>240</sup>, pois inverte as premissas: ao invés de discutir, como fazem os legisladores jurídicos Brasileiros, como a sanção afeta o comportamento das pessoas para posteriormente prescrevê-los, a Economia analisa os efeitos das sanções legais e fornece a teoria científica de como antecipar a reação dos indivíduos frente às normas.

Assim, a aplicação da Ciência Econômica às normas e instituições jurídicas visa “iluminar os problemas e apontar as implicações das diversas possíveis escolhas normativas”<sup>241</sup>. Definido dessa forma, numa perspectiva objetiva, enquanto o Direito é a técnica de regulamentar o comportamento humano, a Economia representa a

---

<sup>239</sup> TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SALET, Ingo W (org.); TIMM, Luciano B. **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 65.

<sup>240</sup> COOTER; ULEN, 2010, p. 25.

<sup>241</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador do direito. **Caderno Direito FGV**, n. 22 - mar/2008. p. 15. Disponível em: <[http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=bruno\\_meyerhof\\_salama](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=bruno_meyerhof_salama)>. Acessado em: 16 set. 2015.

ciência que estuda esse comportamento e suas consequências no mundo de recursos escassos, no qual a AED é o resgate dessa relação, com o objetivo de auxiliar o legislador ou o juiz a fazerem escolhas eficientes com a “redução dos custos”<sup>242</sup>.

O ponto histórico demarcado como de intersecção, considerado como gênese do movimento entre Direito e a Ciência Econômica, que mais tarde é batizado de AED, remonta ao Século XVIII a partir de dois autores. O primeiro autor, com a teoria de Adam Smith, que aborda sobre os efeitos econômicos da legislação mercantilista, e o segundo, com o trabalho de Jeremy Bentham, de geração posterior a de Adam Smith, no qual faz referência à análise econômica das leis que regulam o comportamento de atividades no interior do mercado, tais como delitos; acidentes; responsabilidade civil; matrimônio; contaminação e processos jurídicos, entre outras.<sup>243</sup>

Posteriormente, dois marcos contribuem para a evolução do movimento, sendo o primeiro correspondente ao período anterior a 1960, quando a análise do Direito antitruste dominava a conjugação entre as ciências Jurídicas e Econômicas, e, o segundo, a partir de 1960, com ampla aplicação da Ciência Econômica ao sistema legal.<sup>244</sup>

Entretanto, a consolidação da teoria traduzida pela terminologia da AED não apresenta unicidade de ideias, até porque, há todo o percurso histórico, desde o ano de 1960, com a publicação dos artigos de Guido Calabresi<sup>245</sup> e de Ronald Coase<sup>246</sup>, até a sua consagração como disciplina autônoma, a partir dos escritos de Richard Posner.<sup>247</sup>

<sup>242</sup> Bruno Meyerhof Salama pondera: “o ponto central da Análise Econômica do Direito não é saber se a eficiência pode ser igualada à justiça; ela não pode. A questão é pensar como a busca da justiça pode se beneficiar do exame de prós e contras, dos custos e benefícios.” SALAMA, Bruno Meyerhof. De que forma a economia auxilia o profissional e o estudioso do direito? **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 4-6, Jan./Jun., 2010, p. 6.

<sup>243</sup> Nesse sentido: ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Tradução de José Luis Pérez Hernández, 1994, p. 6.

<sup>244</sup> Nessa lógica: POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 7. ed. Austin: Wolters Kluwer, 2007, p.23.

<sup>245</sup> CALABRESI, Guido. **Some Thoughts on risk distribution and the law of torts**. 70 Yale L. J. 499, 1961. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss_papers). Acesso em: 17 nov. 2014

<sup>246</sup> COASE, 1960.

<sup>247</sup> POSNER, 2007.

Nesse sentido, Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer explicam que, a partir dos estudos de Guido Calabresi e Ronald Coase, tem-se “inovador discurso jurídico voltado ao perfil mais técnico-racional, de tendência reconstrutivista-realista, que o outrora lógico-formal”.<sup>248</sup> Especificamente, com Guido Calabresi, consagra-se a aplicação da Economia Clássica no exame da norma, na medida em que o trabalho de Calabresi nunca teve a “orientação do *laissez-faire* do trabalho da Escola de Chicago e não deve com essa vertente agrupar-se, salvo quanto à análise que põe em campo a transgressão da lei e a reparação do dano desde o ponto de vista do direito consuetudinário.”<sup>249</sup> (tradução nossa).

Já Ronald Coase, em seu artigo escrito na Universidade de Virgínia, analisando às ideias de Pigou, publicadas em seu “The Economics of Welfare”, ensina, a partir e, diferentemente, de Pigou que o Direito e sua normatividade deve observar a reciprocidade de interesses entre os indivíduos. As normas influenciam na distribuição ou redistribuição da riqueza, assim, os direitos de propriedade e da responsabilidade civil modificam a Economia. O autor chamou a atenção para o que ficou conhecido como teorema de Coase, muito embora não tenha lhe dado esse nome, no qual sustenta que, quando os custos de transação são iguais a zero, a atribuição do direito de propriedade não afetará a eficiência com que os recursos deverão ser alocados.

Complementando a trilogia de autores, surge o aluno de Coase, e o mais notável nome da AED Contemporânea, o Juiz Norte Americano Richard Posner, cuja obra “Economic Analysis of Law”, em 1973, proporcionou cientificismo à disciplina e expansão da teoria ao mundo jurídico. Entendendo que o Direito encontrava-se em estágio pré-científico, o autor passa a interpretar a lógica pragmática baseada nos princípios econômicos como instrumental às decisões jurídicas, ais quais

---

<sup>248</sup> GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e Direito: pecado ou virtude; uma incursão pela análise econômica do direito. **Revista Jurídica**, v. 1, n. 28, p. 77-122, 2012. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/412>>. Acesso em: 15 set. 2015.

<sup>249</sup> Original: “la orientación laissez-faire del trabajo de la Escuela de Chicago, y no debiera agruparse junto com esse trabajo, salvo em cuanto al énfasis que pone en el campo de la transgresión de la ley y la reparación del dano desde el punto de vista del derecho consuetudinário.” ROEMER, 1994, p. 9.



devem ser orientadas pela análise do “custo e benefício em prol da maximização da riqueza”.<sup>250</sup>

A partir destas interseções históricas, Pedro Pacheco Mercado define a AED nos seguintes termos:

A AED se define pela aplicação da teoria econômica, mais precisamente, da teoria microeconômica de bem estar na análise e explicação do sistema jurídico [...]. A AED nos apresenta um novo instrumental, novas técnicas argumentativas e novas categorias que, extraídas dos desenvolvimentos da ciência econômica, apresentam-se neste movimento como pilares para construção de uma ciência jurídica a altura dos tempos. A renovação da Ciência Jurídica através da adoção da perspectiva interdisciplinar, peculiar pelo peso que tem à Ciência Econômica, a utilização de técnicas como a análise do custo e benefício na elaboração das políticas jurídicas, na justificação das decisões judiciais, a abertura decidida do discurso jurídico ao tema das consequências econômico-sociais do Direito, ou a consideração da eficiência econômica como valor jurídico, são, entre outros, sinais evidentes dessa inovação em que a Análise Econômica do Direito apresenta a si mesma.<sup>251</sup> (tradução nossa).

---

<sup>250</sup> POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 45.

<sup>251</sup> Original: “el AED se define por la aplicación de la teoría económica, más precisamente, de la microeconómica del bienestar em el análisis y explicación del sistema jurídico[...] El AED nos aporta un nuevo instrumental, nuevas técnicas argumentativa y nuevas categorías que, extraídas de los desarrollos de la ciencia económica, se presentan em este movimiento como los pilares para la construcción de una ciencia jurídica a la altura de los tempos. La renovación de la ciencia jurídica como el análisis coste-beneficio en la elaboración de las políticas jurídicas y en la justificación de las decisiones judiciales, la apertura decidida del discurso jurídico al tema de las consecuencias económico-sociales del derecho, o la consideración de la eficiencia económica como valor jurídico son, entre otros, signos evidentes de esa innovación con la que el análisis económico del derecho se presenta a sí mismo”. MERCADO, Pacheco Pedro. **El analisis economico del derecho uma reconstrucion teorica**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 22-23.

A AED consiste no emprego da Teoria Econômica no Direito para compreensão da racionalidade dos sujeitos no sistema legal na medida em que aplica suas premissas na elaboração das normas ou no silogismo decisório. Neste âmbito, constitui estudo interdisciplinar entre a Teoria Econômica e o Direito, prescrevendo “um novo vocabulário e fornece sua peculiar estrutura analítica para o exame dos problemas jurídicos, ainda que estes não tenham o caráter econômico.”<sup>252</sup>

Já o autor Nicholas Mercurio propõe que a meta da AED é a definição das “variáveis instrumentais das questões e processos que são fundamentais para o funcionamento das instituições jurídicas que gozam de importância econômica.”<sup>253</sup> Além deste entendimento, Ivo Teixeira Gicco Júnior apresenta a perspectiva da AED à epistemologia do Direito, pelos seguintes caracteres:

Se a avaliação da adequação de determinada norma está intimamente ligada às suas reais consequências, sobre sociedade (consequencialismo), a juseconomia se apresenta como uma interessante alternativa para esse tipo de investigação. Primeiro, porque oferece um arcabouço teórico abrangente, claramente superior à intuição e ao senso comum, capaz de iluminar questões em todas as searas jurídicas, inclusive em áreas normalmente não associadas a este tipo de análise (não-mercadológica). Segundo, porque é um método de análise robusto o suficiente para o levantamento e teste de hipóteses sobre o impacto de uma determinada norma (estrutura de incentivos) sobre o comportamento humano, o que lhe atribui um caráter empírico ausente no paradigma jurídico atual. E terceiro, é flexível o suficiente para adaptar-se a situações fáticas específicas (adaptabilidade) e incorporar contribuições de outras searas (inter e transdisciplinariedade), o que contribui para uma compreensão mais holística do mundo e para o

---

<sup>252</sup> Original: “un nuevo vocabulário y aporta su peculiar estructura analítica para el examen de los problemas jurídicos, aunque que estos no tengan el carácter de econômico”. (Ibid., p. 34-35).

<sup>253</sup> Original: “variables instrumentales y las cuestiones y procesos que son fundamentales para el funcionamiento de las instituciones jurídicas que gozan de importancia econômica. MERCURIO, Nicholas. **Derecho y Economía**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1991, p. 13.

desenvolvimento de soluções mais eficazes para problemas sociais em um mundo complexo.<sup>254</sup>

Ainda que relevada a diferente metodologia empregada pelo Direito, em seu sentido dogmático e abstrato, e pela Economia, com seus dados empíricos e concretos, os críticos da AED restringem as tentativas de associarem-se as duas Ciências, esquecendo-se, porém, que “os economistas vem enverando nos meandros dos modelos normativos do direito, por meio da ultrapassagem no formalismo jurídico.”<sup>255</sup> Nesse sentido, analisando a AED, Celso Fernandes Campilongo expressa:

Vejo a análise econômica do direito como instrumento de acesso e comunicação do jurista com a complexidade econômica. Seu aparato conceitual, recepcionado com indispensável cautela crítica, aproxima juristas formados em sistemas jurídicos diversos e pode representar compromisso entre as amplas categorias das ciências sociais e os modelos de tipificação específicos do direito. Estudos empíricos econômico-jurídicos podem “baixar a guarda” dos juristas tradicionais e apresentar, com argumentos menos ideológicos e mais racionais, ferramentas que expandam e combinem eficiência e justiça, constante aspiração do direito.<sup>256</sup>

Vê-se, pois, que a AED, rotulada ideologicamente como conservadora, reacionária e neoliberal, revela-se aos poucos ferramenta indispensável em diversos campos da experiência jurídica. Isto implica, em primeiro lugar, que a “interpretação e a avaliação da norma se realiza desde os pressupostos da Teoria Econômica, e, em segundo lugar, significa que a racionalidade adotada pela norma é racionalidade do tipo econômica”<sup>257</sup>. (tradução nossa).

---

<sup>254</sup> GICO JUNIOR, Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Maria Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Org.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 32.

<sup>255</sup> SZTAJN, Raquel. Law and economics. In: \_\_\_\_\_; Zylbersztajn, Decio (Org.). **Direito e economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 76.

<sup>256</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Prefácio. In: PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (Orgs.). **Direito e economia em dois mundos**: doutrina jurídica e pesquisa empírica. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 8.

<sup>257</sup> Original: “[...] la interpretación y la evaluación de una norma se realizan desde los presupuestos de la teoría económica; y em segundo lugar, significa

A AED reformula o Direito como objeto de estudo a partir do ponto de vista econômico, problemas relativos à eficiência da norma, custo dos instrumentos jurídicos e as consequências econômicas das intervenções jurídicas. O estudo dessa teoria não significa a defesa da única solução, mas a opção de examinar o fenômeno jurídico a partir da visão economicista, assim como se fosse analisada pela abordagem política, histórica, sociológica e antropológica, sem que deixe, no entanto, de continuar sendo o mesmo fenômeno concreto e real. A AED propõe nova leitura e método sobre o mesmo objeto jurídico, sem a “máscara” pseudo ética, dispensável na obtenção da solução para o problema real submetido ao crivo do Direito.

Embora programada originalmente em países da *Common Law*, a AED não impede sua “importação” para países de tradição civilista, como é o caso do Brasil, conforme defende a afirmativa de Richard Posner:

Já afirmei, e repito, que isso se aplica também aos sistemas jurídicos de *civil law*. Esses sistemas se baseiam numa legislação mais detalhada do que as que geralmente vigoram nas jurisdições anglo-americanas. Mas nenhuma legislação é detalhada a ponto de esgotar todas as possibilidades de disputa judicial que podem ocorrer numa sociedade dinâmica. Todas elas deixam grande espaço para o exercício da discricionariedade por parte dos juízes.<sup>258</sup>

E, ainda no prefácio à edição Brasileira de seu livro, “A Economia da Justiça”, o autor acrescenta meios ao estudo da AED no Brasil:

Para concluir, devo fazer duas considerações relacionadas com a aceitação da abordagem econômica pela comunidade jurídica brasileira. A primeira diz respeito à formação dos juízes; a segunda, ao caráter do Brasil como país em desenvolvimento, e não ainda plenamente desenvolvido. Nos sistemas de *civil law*, a formação de advogados e juízes tende a ser

---

que la racionalidade de la que se dota a las normas y al sistema jurídico em su conjunto es una racionalidade do tipo económico [...]”. MERCADO, 1994, p. 34-35.

<sup>258</sup> POSNER, 2010b, p. 22

estritamente profissional em portanto, metodologicamente conservadora. Uma concepção de direito que o entenda como um fator político, dando ênfase à discricionariedade judicial e à permeabilidade do processo judicial às influências de outras disciplinas, como a economia, não é um modo espontâneo de pensar para advogados e juízes formados na tradição do civil Law. Por isso todo esforço para introduzir a análise econômica do direito no sistema jurídico brasileiro deve começar nas universidades e faculdades de direito. Em segundo lugar, num país em desenvolvimento como é o Brasil, a análise econômica do direito deve ter uma ênfase diferente da que tem em países plenamente desenvolvidos, como Estados Unidos, Reino Unido, França, Alemanha e Japão. Nestes últimos, a importância dos direitos de propriedade, da liberdade contratual, da independência do judiciário, da discricionariedade judicial bem orientada e das limitações ao poder do Estado é tomada como ponto pacífico. Nos países em desenvolvimento, por outro lado, esses valores tendem a ser postos em questão e só sem efetivam de modo incompleto. Nesses países, a proteção dos direitos de propriedade, a garantia de liberdade contratual, a prevenção da corrupção e do favoritismo político e a limitação do poder regulador do Estado sobre a economia têm ou dever tem um relevo muito maior do que é necessário em sociedades plenamente desenvolvidas. [...] Isso é ótimo e ajuda a confirmar os valores que o movimento direito e economia tem a oferecer ao sistema jurídico brasileiro.<sup>259</sup>

Portanto, se a AED interage de diversas maneiras na organização da vida em sociedade, podendo ser aplicada ao Sistema Jurídico-normativo Brasileiro, as perguntas imperativas dos estudiosos desta interdisciplinaridade são: como exatamente a teoria é gerenciada pelo Direito, ou seja, no que este é influenciado? E, qual a maneira em que uma Ciência se entrelaça com a outra?

---

<sup>259</sup> Id., 2010a, p. XVII-XVIII.

A resposta sobre a forma como o Direito é influenciado pela Ciência Econômica é elaborada a partir da história sobre o movimento da AED, apresentada nesta Seção, já o “como uma área influencia a outra?” é examinado, respectivamente, nas Seções seguintes, quanto às bases epistemológicas e os pressupostos metodológicos.

### 3.1.1 Epistemologia das escolas da Análise Econômica do Direito

Para proceder a análise criteriosa e sistemática sobre as interfaces entre Direito e Economia, deve-se reconhecer que o movimento da AED não apresenta unicidade de conceitos. Segundo Pedro Mercado Pacheco, a AED não se orienta como fenômeno homogêneo, já que possui diversas tendências, notadamente divididas entre conservadores e liberais:

Uma mirada panorâmica da AED na atualidade torna impossível sustentar, como argumentamos no início deste capítulo, que se trate de uma corrente de pensamento perfeitamente homogênea. Pelo contrário, uma vez alcançado o reconhecimento como teoria jurídica renovadora do discurso jurídico tradicional e depois de sua expansão a este lado do Atlântico, a AED se apresenta como um movimento intelectual sumamente complexo. Essa complexidade vem determinada pela diversidade de tendências e a variedade de enfoques que subsistem em seu seio. Em toda a literatura sobre a AED parece haver consenso na instituição de duas tendências principais, tendências a que já fizemos alusão, e que podem ser identificadas como a tendência ligada a Escola de Chicago, encabeçada por Richard Posner, e a tendência liberal reformista, que teria G. Calabresi como a figura mais representativa. Esta distinção básica está presente em todos os trabalhos sobre a AED.<sup>260</sup> (tradução nossa).

---

<sup>260</sup> Original: “Una mirada panorámica del AED en la actualidad hace imposible sostener, como argumentábamos al inicio de este capítulo, que se trata de una corriente de pensamiento perfectamente homogénea. Por el contrario, una vez alcanzado el reconocimiento como teoría jurídica renovadora del discurso jurídico tradicional y después de su expansión a este lado del Atlántico, el AED

Em consonância, Gonçalves e Stelzer explicam que a teoria é forjada em diferentes enfoques: a) Tradicional da Escola de Chicago; b) Neoinstitucional ou *Property Rights*; c) Escolha Pública ou *Public Choice*; d) Estudos da Crítica Jurídica.<sup>261</sup>

Em linhas gerais, o movimento desenvolve-se sob as matrizes do realismo jurídico Norte Americano e a Escola Tradicional representa a gênese da AED, confundindo-se com o desenvolvimento da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago. O período da Escola Tradicional coincide com a publicação dos artigos de Ronald Coase e Guido Calabresi, cujas ideias dominavam a proteção dos mercados e a ideologia individualista no estilo Americano, sob o foco dos contratos, propriedade e responsabilidade civil.

Pela Escola Tradicional, a AED firma-se como marco-teórico-filosófico e disciplina autônoma a partir dos escritos do Juiz norte Americano Richard Posner, um dos principais defensores da disciplina nos Estados Unidos e responsável pela expansão do movimento aos diversos ramos do Direito. Especificamente, a via clássica trouxe como inovação a possibilidade de utilização da Teoria Microeconômica no exame do Direito. Nesse sentido, detalha Gonçalves:

Assim o velho ramo da *Law and Economics* está ligado ao surgimento da Economia como ciência distinta e com os estudos de Adam Smith sobre a regulação normativa dos mercados; enquanto a nova *Law and Economics* tem sua raiz científica na Teoria Microeconômica; filosófica, no utilitarismo benthaminiano, no pragmatismo norte

---

se nos presenta como um movimiento intelectual sumamente complejo. Esta complejidad viene determinada por la diversidad de tendencias y la variedad de enfoques que subsisten em su seno. Em toda la literatura sobre el AED parece haber consenso en la distincion de dos tendencias principales, tendencias a las que ya hemos hecho alusión, y que pueden ser identificadas como la tendencia ligada a la Escuela de Chicago, com Richard Posner a la cabeza, y la tendencia liberal reformista, que tendría a G. Calabresi como figura más representativa. Esta distinción básica está presente em todos los trabajos sobre el AED.” MERCADO, 1994, p. 25.

<sup>261</sup> GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito. In: **Conferência Nacional da ALACDE**, 11., 2007, Brasília. **Paper...**Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25380-25382-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015.

americano e no pensamento economicista; já se preocupando com atividades outras que não a única regulação de mercado.<sup>262</sup>

Em outra passagem, Gonçalves, em conjunto com Stelzer sustentam o conteúdo ideológico da Escola de modo conservador e intimamente ligado à noção positivista da ética utilitarista e de maximização da riqueza, relevando-se o valor independente do individualismo e da livre eleição.<sup>263</sup>

No que tange às bases epistemológicas, a perspectiva tradicional vincula-se a três pilares: os recursos são escassos, as pessoas são maximizadoras racionais da sua própria satisfação e o direito deve ser analisado sob o viés de quatro noções de eficiência, a saber: eficiência produtiva, ótimo de Pareto, superioridade de Pareto e eficiência dos autores Kaldor e Hicks.<sup>264</sup>

---

<sup>262</sup> GONÇALVES, Everton das Neves. **A Teoria de Posner e sua aplicabilidade à Ordem Constitucional Econômica de 1988**. 1997. 390 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. p. 113.

<sup>263</sup> Nesse sentido: GONÇALVES, 2007.

<sup>264</sup> O termo Eficiência pode ser entendido a partir de autores diversos: Vilfredo Pareto, Kaldor-Hicks, Richard Posner e Everton das Neves Gonçalves. Em termos gerais, segundo Frank H Stephen, eficiência é fazer o “melhor com a menor quantidade de recursos disponíveis, reduzindo o desperdício e os custos, e buscando beneficiar os indivíduos”. A Eficiência para o autor Vilfredo Pareto, também conhecida como critério de Pareto: “uma distribuição dos recursos é eficiente se não for possível distribuir recursos de forma que pelo menos uma pessoa tenha situação melhorada e nenhuma outra pessoa tenha sua situação piorada. Uma distribuição eficiente de recursos é chamada de ótimo de Pareto”. A eficiência para os autores Kaldor e Hicks significa que uma situação só será eficiente quando os ganhadores dessa situação puderem compensar os perdedores. Para maiores informações: STEPHEN, Frank H. **Teoria econômica do direito**. Tradução Neusa Vitale. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 40, 41, 42. Já o Princípio da Eficiência Econômico Social, segundo Everton das Neves Gonçalves propõe a “obtenção da consequente harmonização ou equilíbrio na ação econômica dos agentes, devendo, ainda, critérios outros como distributividade, justiça social [...] são internalizados e equacionados, segundo cálculo de custo e benefício, quando da tomada de decisões no âmbito das relações de mercado”. GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial**. In: Revista Sequência. UFSC, Florianópolis, SC, Brasil, v. 35, n. 68 (2014)



O requisito da eficiência, principalmente sob os dizeres, no primeiro momento, de maximização da riqueza, do autor Richard Posner, e após 1990, referente à noção de pragmatismo é o aporte teórico responsável pela difusão da teoria da AED e também pelas severas críticas sofridas, como se o movimento fosse reduzido tão somente à noção efficientista.

Alargando o conceito de eficiência, a segunda vertente representada pela Escola Neoinstitucional – ou Economia Institucional, também conhecida como vertente dos *Property Rights*, representa a valorização das instituições jurídicas como conjunto de regras. Segundo Andrés Roemer, o objetivo da vertente é ampliar o “alcance da aplicabilidade da perspectiva efficientista da escola tradicional para à estrutura dos direitos de propriedade como elementos que também afetam e incentivam os comportamentos dos sujeitos econômicos”<sup>265</sup> (tradução nossa).

A Escola Neoinstitucional desenvolveu-se principalmente a partir das obras de Oliver Williamson e Douglass North, os quais analisaram as normas e regras sociais que sustentam a atividade econômica por meio das instituições. Logo, a teoria é chamada de “neo”, ou seja, “nova”, para destacar o conceito central dos custos de transação e dos direitos de propriedade.

Dessa forma, a Ciência Econômica no Direito, enquanto Escola Neoinstitucional, é a responsável por analisar as normas e as regras sociais que edificam a atividade econômica por intermédio do sistema institucional, podendo ser resumida nos seguintes termos:

Da Teoria Neo-Institucionalista surgem pelo menos três ideias importantes: (a) o reconhecimento de que a Economia não tem existência independente ou dada, ou seja, de que a história importa, pois cria contextos culturais, sociais, políticos, jurídicos etc. que tornam custosas, e às vezes inviáveis, mudanças radicais (o que se convencionou chamar de “dependência da trajetória”, tradução de “path dependence”); (b) o reconhecimento de que a compreensão do

---

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p261>>. Acesso em: 17 set. 2015.

<sup>265</sup> Original: “ámbito de aplicación de la perspectiva efficientista de la escuela tradicional a la estructura de los derechos de propiedad como elementos que también afectan y fomenten el comportamiento de sujetos económicos” ROEMER, 1994, p. 42.

Direito pressupõe uma análise evolucionista e centrada na diversidade e complexidade dos processos de mudança e ajuste (dá a importância da abertura para todas outras disciplinas além da Economia, mas também a utilidade da Teoria da Escolha Racional e da Teoria dos Jogos para estudar complexidade dos processos de ação e decisão coletiva; e (c) a preocupação de ir além da filosofia prática e especulativa, visando à compreensão do mundo tal qual ele se apresenta (o que conduz ao estudo das práticas efetivamente observadas e do Direito tal qual de fato aplicado).<sup>266</sup>

Desse modo, as instituições jurídicas assumem importância, pois cada estrutura organizada tem o condão de afetar os comportamentos das pessoas, representando as regras do “jogo” e estabelecendo o complexo de ações possíveis, as quais devem ser consideradas como parte do sistema legal.

Assim, a Escola Neoinstitucional possui bases epistemológicas resumidas nos seguintes aspectos: a) individualismo metodológico vinculado às instituições, o que significa que o homem maximiza seus interesses dentro das organizações de modo que a coletividade não é o enfoque principal, mas sim os indivíduos e suas relações com as instituições; b) maximização da utilidade a todos os indivíduos, assim, tanto na vida privada como nos governos dos Países, as empresas tomam decisões conforme as instituições que as amparam; c) racionalidade limitada focada na capacidade restrita para processar as informações; d) comportamento oportunista no qual revela que embora racionais isso não impede os indivíduos de fazerem contratos e suportarem os custos de transação.<sup>267</sup>

Portanto, a escola Neoinstitucional entende que a racionalidade do comportamento humano e as escolhas são influenciadas pelas instituições enquanto conjunto de normas segundo determinado direito.

De outro norte, a vertente da Escolha Pública ou *Public Choice*, com destaque à obra de James M. Buchanan<sup>268</sup>, surge nos anos 50 e 60 do Século XX tem como escopo o “estudo da tomada de decisões

---

<sup>266</sup> SALAMA, 2008, p. 17.

<sup>267</sup> Catalogação encontrada em: ROEMER, 1994, p. 45-46.

<sup>268</sup> Para maiores informações vide: BUCHANAN, James M. **Custo e escolha: uma indagação em teoria econômica**. Tradução de Luiz Antonio Pedroso Rafael. São Paulo: Editora Inconfidentes – Instituto Liberal, 1993, p. 20.

governamentais para prover o bem estar social optando pela defesa de bens públicos [...]”<sup>269</sup>, isto é, refere-se às questões extra mercado ou da Ciência Política e a Teoria do Estado sob a perspectiva das consequências econômicas e jurídicas.

Segundo Gonçalves, a escola da Escolha Pública consiste na aplicação da Teoria da Ciência Econômica à Ciência Política, “na medida em que, por critérios de escolha, definem-se planos de ação objetivando maximizar opções dentro da perspectiva de escassez”<sup>270</sup>. Dessa forma, a escola concentra-se no modo como os governos decidem sobre os bens públicos e interagem com o eleitor:

Nesta lógica, o governante precisa do eleitor assim como o fornecedor precisa do consumidor: a fim de se (re) eleger, o político/agente do governo “fornece” (ou apenas promete, se ainda não tiver sido eleito) normas/medidas de política econômica tais como subsídios, preços mínimos, barreiras à entrada de novos agentes no mercado, etc. Ou seja, os agentes do governo fornecem um tipo de regulamentação favorável aos setores da sociedade que puderem lhe dar apoio político.<sup>271</sup>

O *modus operandi* revela-se pelo interesse próprio dos legisladores em particular pela maximização da possibilidade de reeleição, supondo a mesma metodologia da economia:

O mesmo que a ciência política, a teoria do Estado, as regras de comícios, o comportamento dos eleitores, a política dos partidos, a burocracia, e assim sucessivamente. Sem embargo, a metodologia da política pública é a mesma que a da economia. O postulado do comportamento básico da eleição pública é igual ao da economia, que o homem é um ser egoísta, racional e maximizador de utilidade.<sup>272</sup>

---

<sup>269</sup> GONÇALVES, 1997. p. 7.

<sup>270</sup> GONÇALVES, loc. cit.

<sup>271</sup> ALBUQUERQUE, Luiz. **Introdução ao estudo da Análise Econômica do Direito.** Disponível em:

<[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2006/Docentes/pdf/Luiz.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2006/Docentes/pdf/Luiz.pdf)>.

Acesso em: 16 set. 2014, p. 41.

<sup>272</sup> MUELLER, Dennis C. **Public Choice.** Cambridge: Cambridge University Press, 1979, p. 1.

Da metodologia da *Public Choice* extraem-se as específicas bases epistemológicas: a) sistema fechado indicando as ações das pessoas e suas habilidades no mercado de eleição pública; b) individualismo voltado ao guia da eleição; c) critério do consenso unânime no sentido de que os valores sociais não existem fora dos individuais.<sup>273</sup>

Portanto, na lógica da *Public Choice*, a intervenção estatal ocorre de maneira eficiente no momento em que os agentes maximizam seus interesses segundo escolhas públicas que não comprometam os limitados recursos governamentais.

Por último, na década de 1970, no Século XX, surgiu o movimento denominado de Estudos da Crítica Jurídica, marcado pelo confronto ao formalismo e pela retomada do marxismo como viés teórico filosófico. A partir da Escola Crítica, o Direito passou a ser visto como instrumento de dominação social, econômica e política, já que se subsumi como “justificador da prática de dominação dos poderosos que se legitimam no ideário jurídico criado para submeter a vontade dos indivíduos.”<sup>274</sup>

Ressalta-se, no entanto, que esta vertente não é espécie do gênero da AED, mas, é estudada juntamente com a LAE, porque se propõe a criticar o Direito. Ambas são movimentos que estudam o Direito a partir da interdisciplinaridade; sendo a AED pelo viés da Ciência Econômica e a Escola Crítica como reflexo da Ciência Política. Por essa razão, diferenciam-se no tocante as premissas: enquanto para a AED os seres humanos são racionais e se comportam de maneiras distintas a fim de maximizarem os seus interesses, para a Escola Crítica o homem também é racional, porém isto não retira suas orientações ideológicas e o Direito é mascarado pela ideologia da dominação.

Independente das espécies de escolas, o gênero da AED objetiva compreender o universo jurídico a partir de pressupostos e valores meta econômicos, os quais podem ser manejados no momento da criação da norma jurídica e também na decidibilidade do caso concreto.

Por isso, reagir contra a interdisciplinaridade entre Direito e Economia para condená-la é posição que carece de racionalidade. Em que pesem os fatos sejam considerados sob a óptica quantitativa e empírica, própria do método Econômico, isto em nada destrói a argumentação jurídica.

Portanto, pelas vertentes apresentadas, não se defende o vilipêndio das máximas econômicas, mas sim a possibilidade de

---

<sup>273</sup> ROEMER, 1994, p. 65-66

<sup>274</sup> GONÇALVES, 1997, p. 125.

redirecionar o Direito à realidade concreta dos conteúdos, segundo os pressupostos metodológicos e os princípios da Ciência Econômica.

### **3.1.2 Pressupostos metodológicos: da escassez dos recursos à análise do custo x benefício pelo sujeito econômico de comportamento racional – limitado e individualista**

Para o Direito ser capaz de compreender como se comporta o indivíduo e tentar prever suas reações é necessário perceber a teoria do comportamento humano, ofertada pela Ciência Econômica, segundo os pressupostos metodológicos do sujeito racional e individualista que frente à escassez dos recursos toma decisões (*traedoffs*) baseadas na análise do custo x benefício.

De forma didática, o autor Gregory Mankiw explica as premissas econômicas a luz de “princípios”<sup>275</sup> explicando como as pessoas tomam decisões e que são abordados nesta Seção para o fim de compreender os pressupostos metodológicos do movimento da AED.

Os pressupostos provenientes da Ciência Econômica e incorporados pela AED correspondem a: escassez, ponderação de custo e benefício (*traedoffs*), racionalidade limitada e o individualismo dos homens na tomada das decisões. Tais premissas aplicam-se ao homem, transformando-o em “sujeito econômico”<sup>276</sup>, que pretende agir de forma racional ao maximizar ganhos ainda que não somente financeiros, e que interage no mundo com desejos ilimitados frente aos recursos escassos.

---

<sup>275</sup> Os princípios são divididos em: a) como as pessoas tomam decisões: 1- as pessoas enfrentam *traedoffs*; 2 – o custo de alguma coisa é aquilo que você desiste por obtê-la; 3- as pessoas racionais pensam na margem; 4- as pessoas reagem a incentivos; 5- o comércio pode ser bom para todos; 6- os mercados são geralmente boa maneira de organizar a atividade econômica; 7- às vezes os governos podem melhorar os resultados dos mercados; c) como a economia funciona: 8- o padrão de vida de um País depende das capacidades de produzir bens e serviços; 9- os preços sobem quando o governo emite moeda demais; 10 – a sociedade enfrenta um *tradeoff* de curto prazo entre inflação e desemprego. MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 65.

<sup>276</sup> Ressalte-se que o *homo economicus* é o sujeito que agiria de forma racional, não sendo, necessariamente, racional. “O pressuposto diz respeito ao comportamento e não especificamente aos processos mentais que o originam.” RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito** – uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 17.

Deste modo, a primeira premissa é que os recursos patrimoniais são sempre escassos<sup>277</sup> para atender o crescente contingente de consumo e bem estar. O princípio da escassez revela-se na expressão “não existe almoço grátis”<sup>278</sup>, a qual significa que todo Direito tem um custo. Em certo sentido, não é possível dar uma “lâmpada de Aladim”<sup>279</sup> a cada indivíduo, na ingênua ideia de que basta limpá-la para que todos os desejos sejam imediatamente atendidos, já que existem recursos escassos, havendo espaço para a Ciência Econômica disciplinar ou estudar o emprego ótimo desses recursos.

Assim, enquanto a escassez constitui a barreira à produção dos bens e serviços, parece não haver, em contrapartida, limites para as necessidades e desejos humanos, gerando-se o binômio vicioso da expansão dos recursos produtivos x desejos humanos que crescem mais que proporcionalmente aos primeiros.

Esclarecido o primeiro princípio, como sendo o da escassez, por consequência, o uso e o emprego dos bens devem ser operacionalizados de modo racional, e, por isso, as sociedades enfrentam, inicialmente, o problema de como administrar os recursos, primeiramente “com vistas à sua plena utilização e, segundo, objetivando sua melhor combinação”<sup>280</sup>. Sintetizando a ideia, Bruno Meyerhof Salama comenta:

A escassez é o ponto de partida da análise econômica. Se os recursos fossem infinitos, não haveria o problema de se ter que equacionar sua alocação; todos poderiam ter tudo o que quisessem, e nas quantidades que quisessem. [...]. A escassez força os indivíduos e os entes sociais a realizarem escolhas e a incorrerem em tradeoffs.

---

<sup>277</sup> A história da humanidade é marcada pelo problema econômico da escassez que, como acentua Richardson, se resume na “constante luta que a sociedade humana sempre empreendeu para superar o problema da escassez de recursos produtivos em face dos crescentes desejos da coletividade.” RICHARDISON, G.B. **Introdução à teoria econômica**. Rio de Janeiro: Zahar, 1966, p. 112.

<sup>278</sup> Tradução da expressão em inglês "There is no free lunch" é uma frase popular que expressa à ideia de que é impossível conseguir algo sem dar nada em troca. O economista Milton Friedman usou a expressão, em 1975, como o título de um de seus livros: "There's No Such Thing as a Free Lunch". Open Court Publishing Company, 1975.

<sup>279</sup> Meyers explicou a Lei da escassez pela metáfora da lâmpada do Aladim. MEYERS, Albert L. **Elements of modern economic**. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1937.

<sup>280</sup> ROSSETTI, 1990, p. 115.

Isso quer dizer que nem todos os objetivos e desejos poderão ser atendidos. Nem tudo pode ser feito ou produzido; tudo tem um custo; e cada centavo gasto em uma determinada atividade, é o mesmo centavo que não é gasto em todas as demais.<sup>281</sup>

Dessa escassez nos recursos, advém a imposição às pessoas do dever de escolherem entre as alternativas possíveis e excludentes entre si. Ocorre que toda escolha presume um “custo”<sup>282</sup> de oportunidade ou, na linguagem econômica, um *trade-off* (ou *tradeoff*)<sup>283</sup>, vislumbrado na relação de compromisso ou “perde x ganha” e que compõe o segundo pressuposto metodológica da AED. A expressão *tradeoff* define a situação na qual existe conflito na perspectiva de ação econômica que visa à resolução de problema, mas acarreta outro, obrigando a pessoa a escolher, referindo-se geralmente a perder algo, mas ganhando em troca outro.

Uma vez que os recursos são escassos, se comparados aos desejos humanos que são ilimitados, a consequência disto é que somente se pode satisfazer as necessidades humanas se outras não forem atendidas. A esta alternativa de que se abdica chama-se, economicamente, de custo de oportunidade que é a “quantidade de outros bens e serviços a que se deve renunciar para obtê-los.”<sup>284</sup>

Como as pessoas enfrentam *tradeoffs*; a tomada de decisão exige ponderar os custos e benefícios referentes às alternativas de ação, adotando-se a conduta que, dadas condições e circunstâncias, lhes apresentem maior bem estar. Com base nisso, Ivo T. Gico Jr. explica que a conduta dos agentes deveria ser sempre “racional maximizadora, porque visa a alcançar o maior bem estar”<sup>285</sup>.

Ao considerar os indivíduos agentes econômicos, presume-se que façam as suas escolhas visando maximizar seus benefícios e obtendo maior utilidade e satisfação em detrimento do menor custo, ou por

---

<sup>281</sup> SALAMA, 2008, p. 14.

<sup>282</sup> Anote-se que escrever sobre algo ter um custo, não implica afirmar que tem valor pecuniário. O custo de alguma coisa é aquilo que a parte desiste para obtê-lo. MANKIW, 2012.

<sup>283</sup> Na Ciência Econômica, o *tradeoff* clássico se dá entre armas e manteiga. Quanto uma sociedade decide gastar em defesa nacional, exemplo: armas, para proteger sua fronteira; deixa de investir em bens de consumo, por exemplo na manteiga, para elevar o padrão de vida interno. Ibid., p. 4.

<sup>284</sup> ALBUQUERQUE, 2014, p.15

<sup>285</sup> GICO JUNIOR, 2011, p. 22.

outras palavras, “um indivíduo deve realizar uma ação se, e somente, os benefícios extras de realizá-la forem, no mínimo, equiparados aos custos extras.”<sup>286</sup>

No tocante ao critério do custo e benefício, Richard Posner propôs fundamento ético naquilo que denomina de “maximização da riqueza”.<sup>287</sup> Em definição, sustenta que se trata da análise de custo x benefício para justificar o parâmetro de cunho ético que seja capaz de orientar as instituições sociais, propondo verdadeira teoria moral que oferece valor com legitimidade ética às decisões.<sup>288</sup>

Neste âmbito, os sujeitos econômicos aplicam o princípio do custo x benefício na maior parte do tempo, inclusive na litigância, ainda que provavelmente de modo intuitivo e aproximado, sem cálculos explícitos ou precisos. Esse princípio analítico traz probabilidades ao comportamento humano, contribuindo para o sistema jurídico “porque permite examinar a forma como os agentes racionais respondem às alterações nas estruturas de incentivos”.<sup>289</sup>

Logo, o princípio do custo x benefício é essencial para o estudo de como as pessoas racionais fazem escolhas. Na tomada de decisão por meio da dicotomia do custo e benefício, os cientistas econômicos presumem que os sujeitos sejam racionais, porquanto possuem objetivos

<sup>286</sup> FRANK; BERNANKE; JOHNSTON, 2012. p. 5.

<sup>287</sup> Richard Posner explica: “Uma vez que a maximização da riqueza não é apenas um guia para o julgamento com base no *common law*, mas também um valor social genuíno, e o único que os juízes têm condições favoráveis de promover, ela oferece não somente a chave para uma descrição exata do que cabe aos juízes fazer, mas também o referencial perfeito para a crítica e a reformulação. Se os juízes não estão sendo capazes de maximizar a riqueza, o analista econômico irá pressioná-los a alterar sua prática ou doutrina da melhor maneira possível. Além disso, o analista insistirá – junto a qualquer legislador suficientemente imune a pressão de grupos de interesses para poder legislar em nome do interesse público – num programa voltado para a promulgação exclusiva de legislação que se ajuste aos ditames da maximização da riqueza”. POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 484.

<sup>288</sup> Richard Posner afirma: “Em suma, busquei nesta parte do livro, desenvolver uma teoria moral que transcenda o utilitarismo clássico e que firme, como critério de julgamento da equidade de uma ação ou instituição, sua capacidade de maximizar a riqueza da sociedade. Essa abordagem permite a conciliação de três princípios éticos concorrentes: a utilidade, a liberdade e até a igualdade”. POSNER, 2010a, p. 138.

<sup>289</sup> TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012, p. 2.



definidos e optam pelo melhor meio para alcançá-los, e também, individualistas, porque visam satisfazerem seus interesses, categorias que abarcam o terceiro e quarto pressuposto metodológico da AED.

Por conseguinte, a questão que emerge, todavia, é se os sujeitos são mesmo sempre racionais. A racionalidade diz respeito à busca pelo melhor resultado, e isso, não exclui considerar possíveis variáveis como as paixões, emoções e valores pessoais. Herbert Alexander Simon, prêmio Nobel de Economia, em 1978, defendeu a revisão do conceito de racionalidade ampliada para o sentido de “racionalidade limitada”, em que propõe incluir na tomada de decisão pontos intangíveis como valores, crenças e desejos, os quais fazem parte de todo ser humano.<sup>290</sup>

No modelo da racionalidade limitada, às decisões são satisfatórias, mas não ótimas, na medida em que o comportamento real não alcança a racionalidade objetiva ou a melhor escolha, pois o indivíduo é limitado e influenciado, muitas vezes, por sua capacidade física, pelos seus valores e pela extensão de seus conhecimentos adquiridos.<sup>291</sup> Logo, todo processo de decisão, conforme denota Simon, “(...) compõe-se de dois tipos de elementos, denominados elementos de fato e elementos de valor, respectivamente, a cada decisão envolve a seleção de uma meta (elemento de valor) e de um comportamento (elemento de fato) com ela relacionada”<sup>292</sup>, que privilegiam certas escolhas do estado futuro em detrimento de outras, orientando o comportamento na direção da alternativa selecionada.

No mesmo sentido, as decisões não são construídas livres das emoções e dos valores. A racionalidade não é absoluta, mas limitada e deve presumir-se como regra, pois se a irracionalidade fosse a ordem, o Direito perderia toda a sua efetividade, uma vez que os indivíduos não observariam as normas de condutas postas. Do mesmo modo, independente daquilo que move as pessoas: princípios morais; coação; tradição ou entre outros motivos, as ações são sempre balizadas pela racionalidade, mesmo que limitada.<sup>293</sup>

---

<sup>290</sup> SIMON, Herbert Alexander. **Game Theory and the Concept of Rationality**. Pittsburgh: Carnegie Mellon University, 1999, p. 21.

<sup>291</sup> Nesse sentido: SIMON, Herbert Alexander. **Comportamento administrativo**: estudo dos processos decisórios nas organizações administrativas. 2.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1965, p. 52.

<sup>292</sup> *Ibid.*, p.53.

<sup>293</sup> Acompanha: ARENHART, Fernando Santos. **Análise econômica da litigância**: teorias e evidências. 2009. 117f. Monografia (Graduação em

A moderna AED, ciente da limitação cognitiva dos indivíduos, isto é, na impossibilidade do cálculo perfeito sobre todos os ganhos possíveis e probabilidades atreladas, trabalha com a hipótese de racionalidade limitada, devendo tal limitação ater-se ao fato da informação raramente ser completa (assimetria das informações) e da existência de custos não previstos. Assim, ressaltam Motta e Vasconcellos, “é impossível obter todas as informações necessárias para uma escolha ótima, já que, num processo decisório, problemas como custo, tempo e as crenças de cada jogador influenciam suas escolhas.”<sup>294</sup>

Logo, as pessoas possuem objetivos e adotam mecanismos razoavelmente aptos a alcançá-los, ou seja, são racionais porque perfazem a técnica baseada na lógica do emprego dos meios disponíveis, com o menor desperdício dos recursos e, ainda, fundadas no individualismo que indica o modo de satisfazer as suas necessidades.

Acompanhando, Oliver Williamson, lembra que a racionalidade submete-se ao cálculo do custo e benefício de cada ação, bem como na capacidade de contemplar todas as possibilidades e conjecturas no processo decisório, e o individualismo refere-se ao auto interesse marcado pelo benefício próprio que conduz a escolha humana.<sup>295</sup>

O reconhecimento desta abordagem econômica é verificada também pelo autor Gary Becker, baseado na “assunção de que as ações dos indivíduos são maximizadoras e os mercados coordenam as condutas dos diferentes participantes.”<sup>296</sup> No mesmo sentido, porém, retirando a análise do âmago do mercado, Richard Posner resume que as pessoas agem como “maximizadores racionais das suas satisfações, e as regras do Direito, assim, impõem preços às atividades que regulam, alterando características de conduta.”<sup>297</sup> A maximização do comportamento racional é sintetizada por Bruno Meyerhof Salama:

Portanto, a adoção do conceito de maximização racional indica que, na formulação de teorias, se partirá da premissa de que os indivíduos calculam

---

Economia) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009, p. 30.

<sup>294</sup> MOTTA, F. C. P.; VASCONCELOS, I. F. G. **Teoria Geral da Administração**. São Paulo: Thomson, 2002, p. 22.

<sup>295</sup> WILLIAMSON, Oliver E. **Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications**. New York: Free Press, 1975, p. 19.

<sup>296</sup> BECKER, Gary. **The economic approach to human behavior**. Chicago: The University of Chicago Press, 1976, p. 5.

<sup>297</sup> POSNER, 2007a, p. 7.

para alcançarem os maiores benefícios aos menores custos. Assim, a suposição será a de que o comportamento observado de cada indivíduo refletirá a busca de seus objetivos através dos meios disponíveis. Por exemplo: consumidores maximizam seu bem estar (ou seja, tratam de alcançar o maior bem estar possível ao menor custo possível), empresas maximizam seus lucros, políticos maximizam seus votos, e assim por diante. Aqui cabe uma ressalva importantíssima: a noção de maximização racional é instrumental. Ela serve para formular hipóteses e construir teorias que permitam simplificar, compreender e prever a conduta humana.<sup>298</sup>

É necessário, portanto, ainda que não de modo absoluto, mas observável como regra geral, que as pessoas sejam vistas como agentes que pretendem ser racionais e individuais, maximizadores do seu bem estar pela ponderação do custo e benefício na hora de decidir, razão pela qual qualquer alteração na estrutura de incentivos pelas recompensas ou sanções é capaz de levá-las a adotarem outra conduta ou realizarem outras escolhas.

A ideia de que os indivíduos possam agir como racionais de suas preferências (sejam elas quais forem), que dão ensejo a padrões interativos relativamente estáveis, sugere que possam responder a incentivos, conforme Bruno Meyerhof Salama exemplifica:

Isso quer dizer que, na média, os consumidores geralmente irão consumir menor quantidade de um bem quando o preço subir, e maior quantidade quando o preço cair. Os produtores, por sua vez, irão geralmente seguir o caminho o oposto, e na média produzirão maior quantidade de um bem quando o preço de venda em mercado sobe, e menor quantidade quando o preço cai. As condutas humanas, inseridas em determinado contexto institucional, podem seguir uma dinâmica parecida. Por exemplo: de acordo com o Código Nacional de Trânsito, exceder o limite de velocidade em uma rodovia enseja o pagamento de multa. Portanto, ao dirigir um automóvel em alta velocidade cada motorista irá sopesar, de um

---

<sup>298</sup> SALAMA, 2008, p. 15.

lado, (a) o benefício auferido com o aumento da velocidade (devido, por exemplo, ao prazer de dirigir em alta velocidade ou ao menor tempo do percurso) e, de outro, (b) o custo da multa por excesso de velocidade ponderado pela probabilidade de que haja autuação e imposição da multa. Neste caso específico, os incentivos legais resultam do limite de velocidade estabelecido em lei, do valor da multa e da eficácia da fiscalização.<sup>299</sup>

A Ciência Econômica não trata só de dinheiro ou de leis do mercado, mas também das implicações da escolha racional e, por essa razão, torna-se ferramenta essencial para entender os impactos e implicações das normas legais, de modo que serve para decidir quais normas devem ser elaboradas ou modificadas dentro de determinado contexto jurídico. Isso porque, os indivíduos tendem a tomar quaisquer decisões adotando como finalidade a realização dos seus próprios interesses e, como critério de escolha, os incentivos fornecidos pelo ordenamento legal. Por consequência, as “regras jurídicas devem ser julgadas com base na estrutura de incentivos que estabelecem e as consequências de como as pessoas alteram seu comportamento em resposta a tais incentivos.”<sup>300</sup>

A aproximação entre Direito e a Teoria Econômica, tornando o primeiro racional, conforme os parâmetros da segunda Ciência, cria o método de escolha pela imposição de um único critério, qual seja: a maximização da riqueza submetida à lógica da determinação dos custos e benefícios. O entrelaçamento das Ciências liga-se ao que Hans-Bernd Shafer e Claus Ott denominam de “consequencialismo” ou “ética consequencialista”<sup>301</sup>, cuja temática considera os efeitos dos comportamentos e das escolhas, sendo irrelevante o componente “deontológico”<sup>302</sup> dessas escolhas.

Desse modo, o Direito ao utilizar-se desta metodologia, notadamente a consequência das normas, deve tornar-se facilitador da

---

<sup>299</sup> Ibid., p. 21.

<sup>300</sup> BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. In: RIBEIRO, Maria Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Org.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 28.

<sup>301</sup> SHAFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. **The economic analysis of civil law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2005, p. 4-5.

<sup>302</sup> Segundo o deontologismo: o valor de uma ação ou comportamento está nela própria e não nas suas consequências. SHAFER; OTT, loc. cit.

redução dos custos, a fim de proporcionar adequado grau de segurança e previsibilidade no comportamento estratégico das partes, incentivando o agir cooperativo.

Assim, quando o indivíduo se depara com mais de uma opção de atuação ou mais de uma conduta possível (exemplo: diversos sistemas de tratamentos nos conflitos), o homem racional e individualista inevitavelmente levará em consideração a relação custo x benefício, de modo a optar pela que melhor atenda aos seus interesses.

Portanto, as premissas da AED estão centradas no comportamento do agente enquanto sujeito racional e individualista que frente às suas necessidades e a escassez dos recursos precisa incorrer em *traedoffs* baseados na análise do custo x benefício. Além desses pressupostos metodológicos, a AED permeia uma série de conceitos operacionais, ressaltando-se a forma positiva e normativa, as quais serão analisadas na próxima Seção.

### 3.2 CONCEITOS OPERACIONAIS: ANÁLISE ECONÔMICA POSITIVA E NORMATIVA

A Ciência Econômica operacionaliza-se basicamente por argumentos positivos que não envolvem juízo de valor, estando limitada à metodologia descritiva e empírica das medições científicas para explicar os fatos reais. Não obstante, também define, argumentos normativos que contém implicitamente juízo de valor sobre alguma medida econômica.

Adaptando tais conceitos ao ordenamento jurídico, a “teoria econômica tem simultaneamente papel normativo e positivo no estudo do direito e dos institutos jurídicos”<sup>303</sup>, razão pela qual os juseconomistas estão preocupados em responder a duas questões básicas: quais são as consequências de determinada norma e qual regra jurídica deve ser adotada. A primeira parte da investigação refere-se à AED dita positiva (o que é) e a segunda à AED normativa (o que deve ser), diferenciadas pelos seguintes termos:

A ideia aqui é que há uma diferença entre o mundo dos fatos que pode ser investigado e averiguado por métodos científicos, cujos resultados são passíveis de falsificação - o que chamamos de análise positiva - e o mundo dos

---

<sup>303</sup> FARIA, Guiomar T. Estrella. **Intrepretação econômica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p.12.

valões, que não é passível de investigação empírica, não é passível de prova ou falsificação e, portanto não é científico, que chamaremos de análise normativa. Nesse sentido, quando um juiz investiga se A matou B, ele está realizando uma análise positiva (investiga um fato). Por outro lado, quando o legislador se pergunta se naquelas circunstâncias aquela conduta deveria ou não ser punida, ele está realizando uma análise normativa (investiga um valor), ainda que fatos sejam relevantes para a decisão.<sup>304</sup>

Na Microeconomia, a AED positiva aprecia os fatos com o objetivo de descrever as relações de causa e efeito, de maneira a prover explicações, e possibilitar previsões de como tendem a se comportar os agentes econômicos em determinados contextos.<sup>305</sup>

A abordagem eminentemente descritiva de resultados preditivos exerce o papel explicativo das normas jurídicas e procura determinar, a partir de dados empíricos, a aplicação e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção ou não da regra. Ao aplicar a análise positiva no estudo de determinada norma, o intuito é entender quais são as prováveis consequências econômicas ou efeitos desta norma, verificando-se o impacto econômico pois as normas acarretam efeitos “colaterais” desconhecidos pelos seus criadores e às vezes até consequências contrárias aos objetivos pretendidos.

Este enfoque tem o “condão” de verificar se as consequências das normas são desejáveis não apenas no resultado do caso concreto, mas também sobre o comportamento humano como um todo e, neste âmbito, prever os efeitos das leis significa demonstrar que a norma pode não ter o resultado socialmente esperado.

Por isso, a AED positiva é de extrema relevância, já que indica quais são as normas que trazem efeitos positivos, as que cumprem os fins a que se propõem, e quais são as que podem gerar desequilíbrio, orientando além da dogmática jurídica, a fixação de objetivos de política legislativa.<sup>306</sup>

---

<sup>304</sup> GICO JUNIOR, 2011, p. 21.

<sup>305</sup> Nesse aspecto: PINDICK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. Tradução de Eleutério Prado. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002, p. 6.

<sup>306</sup> Nessa perspectiva, acompanha: FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. *Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no*

Portanto, a seara positiva define e prescreve os meios jurídicos eficientes para atingir determinados fins, transparecendo as normas jurídicas que devem ser escolhidas para alcançar comportamentos desejados.

No tocante ao segundo conceito operacional, este se refere à abordagem finalística pela qual pretende saber o tipo de norma mais adequada para obtenção de determinados objetivos, ou seja, busca-se auxiliar a escolha do indivíduo entre as alternativas possíveis em prol da mais eficaz. Esse ramo se chama AED normativa, servindo para comparar as diferentes possibilidades normativas e sugerindo qual deve ser escolhida segundo o critério da eficiência econômica, mas sem desconsiderar outros fatores na tomada de decisão.<sup>307</sup>

A questão envolve discutir quais características deve ter ou como deve ser a norma para que se atinjam os objetivos de maneira economicamente eficiente, o que implica avaliar vários tipos de leis que poderiam, em tese, atingir o mesmo objetivo social, comparando-as no que diz respeito à eficiência, para então defender a escolha que represente a melhor relação custo e benefício.

O objetivo do conceito operacional normativo é a obtenção da eficiência no sentido de utilidade social da norma, ou seja, na “maximização de escolher a opção mais benéfica possível”<sup>308</sup> que pode ser alcançada, dependendo do caso concreto, com ou sem intervenção estatal.

Portanto, enquanto AED positiva cuida de descrever quais seriam os efeitos da norma e seu critério de validade, a AED normativa trabalha com a perspectiva de sugerir como deve ser a regra jurídica para que se possa produzir os resultados esperados de maneira eficiente ou seu critério de valor.

Considerando os mencionados elementos operacionais, pretende-se, segundo dados do CNJ, atestar o “trágico acesso ao Poder Judiciário Brasileiro”, ou seja, utilizar o aspecto positivo – como é a realidade da Justiça Brasileira, tendo como norte a AED normativa, uma vez que se objetiva demonstrar o que é necessário alterar na legislação Brasileira para tornar o acesso à justiça mais exequível. Além disso, trabalha-se prescritivamente com conceitos operacionais específicos, tais como a noção dos custos de transação, propostos pelo teorema de Ronald Coase,

---

Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, Ano 3, n. 9, p. 27-61, jan./mar. 2005, p. 45.

<sup>307</sup> Nesse sentido: PINDICK; RUBINFELD, 2002, p. 17.

<sup>308</sup> FARACO; SANTOS, 205, p. 31.

e a Fábula da Tragédia dos Comuns de Garrett Hardin, os quais serão analisados no seguinte tópico.

### 3.2.1 Os custos de transação pelo teorema de Ronald Coase

Em que pese a AED divirja na epistemologia das Escolas, a doutrina consente em apontar que o início do movimento dá-se com a publicação da obra de Ronald Coase<sup>309</sup>, intitulada “The problem of social cost” - “O problema do custo social”.

O autor Ronald Coase, em 1960, em seu artigo escrito na Universidade de Virgínia demonstrou que os efeitos dos direitos de propriedade e de responsabilidade civil sobre a distribuição de recursos dependem dos “custos de transação”<sup>310</sup>, que são custos para “estabelecer, manter e utilizar direitos de propriedades, ou seja, para transacionar, como por exemplo, custos de redação dos contratos, de acesso à informação, entre outros.<sup>311</sup>”

Nesse sentido, a motivação do autor no seu artigo foi superar a concepção econômica, exposta pelo economista denominado Arthur Cecil Pigou, publicada em seu trabalho “The Economics of Welfare”, em 1932, afirmando que seria necessário que o Estado agisse impondo responsabilidade legal ou taxa sobre as fábricas poluentes, já que os custos da poluição para sociedade são diversos dos custos privados experimentados pelas fábricas.

Em sentido inverso, para Ronald Coase o problema não estava no pagamento da atividade nociva pelo sistema da imposição jurídica de responsabilidades ou sanções, mas na atividade exercida pelo Estado

---

<sup>309</sup> Prêmio Nobel de Economia em 1991.

<sup>310</sup> Por conseguinte, os custos de transação podem ser divididos em: “a) custos de busca e de informação: custos para verificar se o produto já existe em determinado mercado, qual o menor preço oferecido no mercado ou para verificar a utilidade e a funcionalidade do produto; b) custos de barganha: os custos de se estabelecer, com o comprador, um acordo que seja o mais justo possível; c) custos de policiamento: os custos incorridos ao garantir que o comprador cumpra o acordo da transação e de tomar as providências adequadas caso haja uma ruptura do acordo por parte deste.” Ver in: KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase. In: RIBEIRO, Maria Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 73.

<sup>311</sup> COASE, Ronald. O problema do custo social. Tradução de Francisco Kummel F. Alvers e Renato Vieira Caovilla. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e Economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47.



que geraria mais custos do que a própria externalidade, pois o “impacto das ações de uma pessoa sobre o bem estar de outras que não participam desta ação. Se o impacto for adverso é chamada de externalidade negativa, se for benéfico, externalidade positiva.”<sup>312</sup>

Especificamente, este mesmo autor ensinou, a partir de exemplos didáticos e hipotéticos que, se o dono da fábrica e os moradores podem negociar com custos de transação zero, o sistema de preços tende a funcionar e se obtém acordo correspondente à solução Pareto eficiente, na qual a troca é eficaz quando beneficia ambas as partes:

A abordagem tradicional tende a obscurecer a natureza da escolha que deve ser feita. A questão é normalmente pensada como uma situação em que *A* inflige um prejuízo a *B*, e na qual o que tem que ser decidido é: como devemos coibir *A*? Mas isso está errado. Estamos lidando com um problema de natureza recíproca. Evitar prejuízo a *B* implicaria causar um prejuízo a *A*. Assim, a verdadeira questão a ser decidida é: *A* deveria ser autorizado a causar prejuízo a *B*, ou deveria *B* ser autorizado a causar prejuízo a *A*? O problema é evitar o prejuízo mais grave.<sup>313</sup>

A partir desse posicionamento de Ronald Coase, discute-se quanto dinheiro a pessoa está disposta a oferecer para livrar-se da externalidade e quanto dinheiro a outra aceita como compensação para desistir dessa externalidade, projetando a barganha na construção da solução eficiente entre as partes. Implicitamente, as partes envolvidas na barganha tendem ao objetivo de maximizar o seu bem estar e, quando há condições para barganhas gratuitas nos chamados custos de transação zero, a solução eficiente é atingida independente de quem arcaria com a responsabilidade, enquadrando-se esta ideia no Teorema de Coase, assim denominado por Georger Stigler.

Segundo Vinícius Klein, na construção do teorema, se pressupõem duas hipóteses, quais sejam: a “eficiência e a invariância”. No tocante a eficiência esta significa que as partes sempre são capazes de chegar ao acordo que corresponda à solução eficaz para a situação, enquanto a invariância corresponde à ideia de que a solução será

---

<sup>312</sup> MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**: princípios de micro e macroeconomia. Rio de Janeiro: Campus, 2001, p. 28.

<sup>313</sup> COASE, 2010, p. 60.

alcançada, independente da responsabilidade legal disposta. Sob a noção de concorrência perfeita, os custos sociais e os privados são iguais, razão pela qual, quanto aos problemas alocativos, a distribuição eficiente dos bens e direitos na ausência de custos de transação conduz necessariamente ao ótimo de Pareto, isto é, àquela situação em que não é possível melhorar determinado lado sem prejudicar a outra parte.<sup>314</sup>

Traduzindo o conceito operacional dos custos de transação e o respectivo teorema, a autora Cristiane de Oliveira Coelho detalha a ideia:

Em linhas gerais, Coase defendeu que o impasse existente entre uma fábrica poluidora e um condomínio vizinho incomodado pela poluição não deve ser analisado sob a perspectiva de que a primeira necessariamente gera externalidades negativas sobre o segundo; pois se os custos envolvidos com a mudança geográfica do condomínio forem inferiores aos custos de se reduzir a poluição, então as externalidades negativas claramente mudam de endereço. A pergunta central deixa de ser, então, a de como restringir as atividades do poluidor por meio da imposição de direitos e deveres, como fazia Pigou, para concentrar-se no problema de maximização do benefício geral. Partindo dessa observação, Coase conclui pela irrelevância do conceito de externalidades e assim cristaliza seu teorema fundamental de que na ausência de custos de transação, a atribuição dos direitos de propriedade em nada altera a alocação final dos bens entre as partes. No caso do parágrafo anterior, por exemplo, Coase demonstra que por mais que se fixasse legalmente o direito de o condomínio exigir medidas ambientalistas da fábrica, se os custos de remoção do condomínio forem inferiores aos custos de tais medidas, a fábrica irá pagar aos condôminos para que se mudem, ao invés de reduzir seus níveis de poluição.<sup>315</sup>

---

<sup>314</sup> Explica: KLEIN, 2011, p. 74.

<sup>315</sup> COELHO, Cristiane de Oliveira. **Análise Econômica do Direito enquanto Ciência**: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico. Disponível em:

Nesse sentido, se os “custos de transação são iguais a zero”<sup>316</sup>, a primeira atribuição do direito de propriedade não afeta a eficiência com que os recursos devem ser alocados e, com isso, a negociação privada tem a atribuição de resolver problemas sobre os quais se pensava, anteriormente, serem passíveis de solução apenas por meio da regulação estatal.

Comentando o teorema, o autor Mitchell Polinsky afirma que a “solução eficiente se adotaria independentemente da assunção da titularidade do direito (da norma atributiva de direitos elegida)” (tradução nossa)<sup>317</sup>, construindo meios práticos a obter o grau mais alto de eficácia na solução dos problemas pelos próprios envolvidos. Já Richard Posner traduz o teorema de Coase e reafirma sua importância para a Teoria Econômica:

Geralmente considerado o artigo mais citado em toda história da economia, apresenta (embora não lhe dê nome) o Teorema de Coase: se os custos de transação são iguais a zero, a primeira atribuição de um direito de propriedade (por exemplo, seja para o poluidor, seja para a vítima da poluição) não afetará a eficiência com que os recursos são alocados, a principal importância do teorema está em voltar a atenção dos economistas a uma faceta esquecida, mas muito importante, do sistema econômico, a saber, os custos das transações de mercado. Sob a forma de hipótese (se os custos de transação são baixos, a atribuição de direitos e responsabilidades pela lei provavelmente não afeta significativamente a alocação de recursos), o Teorema de Coase serviu de orientação para importantes pesquisas empíricas, como, por

---

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28914-28932-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2015, p. 6.

<sup>316</sup> A noção de custo de transação zero pressupõe a situação de informação perfeita e acessível sem custos para as partes; um direito de propriedade completo e bem definido de concorrência perfeita. Assim, percebe-se que o conceito de custo de transação zero retrata basicamente a teoria econômica em seus modelos abstratos.

<sup>317</sup> Original: “la solución eficiente se adoptaría independentemente de la asignación de la titularidade del derecho (de la norma atributiva de derechos elegida). POLINSKY, Mitchell A. **Introducción al análisis económico del derecho**. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 1986, p. 24.

exemplo, sobre os efeitos do divórcio sem culpa, o qual, confirmando o teorema, *não* aumentou o incide de divórcios.<sup>318</sup>

Portanto, a partir da ideia de custos de transação pelo teorema de Ronald Coase, a atuação Estatal apenas deve ser relegada para aqueles ambientes em que os custos de transação demonstram-se impeditivos à barganha (exemplos: direitos fundamentais e indisponíveis). Daí porque os governos devem criar instituições que minimizem os custos de transação, permitindo, assim, que as alocações ineficientes dos recursos possam ser corrigidas, já que a barganha entre as partes permite a alocação mais eficaz.

Com isso, o impacto do dito teorema no Sistema Jurídico é evidente, pois, uma vez existindo direitos de propriedade bem definidos e podendo as partes negociar livremente, a solução eficiente será alcançada pelas partes, a despeito dos comandos legais. O teorema não seria, pois, a derrocada do Direito, mas somente a exploração da ideia de que o Sistema Legal tem o papel de proporcionar um cenário sem ou com menores custos de transação. Sobre isso é que se embasa a tese, de modo que a adoção deste conceito operacional é importante na medida em que proporciona a expansão da mediação pautada no binômio ganha x ganha, que reduz os custos de transação no âmbito do tratamento dos conflitos, mantendo a estabilização dos conflitos, de regra, na esfera privada.

Nesta perspectiva, pretende-se demonstrar, conforme Coase, que o acordo privado, quando o custo de transação é baixo, torna-se mais adequado que a submissão do conflito ao Poder Judiciário e, por esta razão torna-se mais exequível o acesso à justiça.

### **3.2.2 Fábula da Tragédia dos Comuns de Garrett Hardin**

Um dos pressupostos metodológicos examinados pela AED é o binômio vontades ilimitadas x recursos disponíveis, representado pelo princípio da escassez. Intrínseco a este pressuposto encontra-se o conceito operacional da Fábula da Tragédia dos Comuns que diz respeito ao cenário em que não há restrições de acesso e, ao mesmo tempo, não há limites acerca das atitudes dos indivíduos.

---

<sup>318</sup> POSNER, Richard A. **Para Além do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 429.

A “tragédia dos comuns”<sup>319</sup> também chamada de “tragédia dos bens comuns”<sup>320</sup> é a versão coletiva do problema básico da teoria dos jogos e analisa a posse comunal dos comuns, conhecida como porções de terras nas quais os pastores criavam seus rebanhos, cujo acesso era aberto de forma irrestrita a todos, demonstrando o conflito gerado entre interesses individuais e o uso ou exploração de bens comuns ou públicos.<sup>321</sup> Sem limitações ao uso da terra, a tendência individual é aumentar a demanda, pois sem custos internalizados, gera-se a “superexploração” do recurso comum, implicando sua extinção ou inutilidade.

Posteriormente, a expressão “tragédia dos comuns” é popularizada como título no ensaio “The tragedy of the commons”, escrito por Garret Hardin e publicado em 1968 na revista Científica Science, onde se associa a ideia simbólica da “tragédia” às consequências negativas advindas do processo de descompasso entre as necessidades humanas e os recursos naturais disponíveis.<sup>322</sup>

Assim, o artigo de Garret Hardin marca, principalmente, o manejo baseado na propriedade comum. Desprezando-se a preocupação com o crescimento populacional num mundo de recursos finitos, o autor afirma que os recursos apropriados em comum, como por exemplos: oceanos, rios, ar, parques nacionais, estão sujeitos à degradação massiva.<sup>323</sup>

Para expressar a contradição entre a racionalidade individual e coletiva no uso de recursos comuns, o autor utiliza-se da parábola do

<sup>319</sup> A expressão é oriunda de William Foster Lloyd (1833) tratando sobre a posse comunal da terra em aldeias medievais. Posteriormente, o conceito foi difundido por Garret Hardin (1968).

<sup>320</sup> Sinônimo encontrado na obra: OST, François. **A natureza à margem da lei:** a ecologia à prova do direito. Lisboa: Piaget, 1997, p. 149.

<sup>321</sup> Acompanha: AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. As tragédias dos comuns e anticomuns. In: RIBEIRO, Maria Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Org.). **O que é análise econômica do direito:** uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 51.

<sup>322</sup> Nesse sentido: HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. **Science**, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, dez. 1968, p. 1243. Disponível em: <[http://www.garretthardinsociety.org/articles/art\\_tragedy\\_of\\_the\\_commons.htm](http://www.garretthardinsociety.org/articles/art_tragedy_of_the_commons.htm)>. Acesso em: 21 set. 2015.

<sup>323</sup> Nesse seguimento: CUNHA, Luis Henrique. Da “tragédia dos comuns” à ecologia política: perspectivas analíticas para o manejo comunitário dos recursos naturais. **Revista raízes**, Campina Grande, v. 23, n. 01 e 02, p. 10-26, jan./dez. 2004, p. 12.

grupo que tem seus animais numa terra pública, contada nos seguintes termos:

A tragédia dos comuns se desenvolve desta forma. Imagine um pasto aberto a todos. É de se esperar que cada vaqueiro vai tentar manter o gado, maior número possível, no terreno comum. Tal mecanismo pode funcionar de modo razoavelmente satisfatório durante séculos, devendo-se às guerras tribais, à caça furtiva, e à doença manter o número de homens e animais bem abaixo da capacidade de absorção do solo. Por último, no entanto, vem o dia do julgamento, ou seja, o dia em que o objetivo em longo prazo desejado de estabilidade social se torne realidade. Neste ponto, a lógica inerente do que é comum impiedosamente gera tragédia. Como um ser racional, cada vaqueiro procura maximizar seu ganho. Explícita ou implicitamente, mais ou menos conscientemente, ele pergunta: “qual a utilidade para mim de acrescentar mais um animal para o meu rebanho?”<sup>324</sup> (tradução nossa).

Desse questionamento, tem-se que cada pastor, ao ponderar sobre a viabilidade econômica em agregar mais um animal ao seu rebanho tem a utilidade baseada em dois componentes, a saber: a) positivo: representado pelo ganho que o aumento do rebanho lhe tende a proporcionar, tendo em vista que o animal extra proporciona lucro adicional e, no geral, a pastagem diminui somente pouco, parecendo lógico aos pastores colocarem animal extra; b) negativo: figurado pelo custo da manutenção de todos os animais e suportado por todos os pastores que utilizam os terrenos comuns.

---

<sup>324</sup> Original: “The tragedy of the commons develops in this way. Picture a pasture open to all. It is to be expected that each herdsman will try to keep as many cattle as possible on the commons. Such an arrangement may work reasonably satisfactorily for centuries because tribal wars, poaching, and disease keep the numbers of both man and beast well below the carrying capacity of the land. Finally, however, comes the day of reckoning, that is, the day when the long-desired goal of social stability becomes a reality. At this point, the inherent logic of the commons remorselessly generates tragedy. As a rational being, each herdsman seeks to maximize his gain. Explicitly or implicitly, more or less consciously, he asks, “What is the utility to me of adding one more animal to my herd?”. HARDIN, 1968, p. 1243.

Sendo assim, sob o escopo da racionalidade econômica de cada pastor é sempre viável aumentar o seu rebanho. Ocorre que, como todos chegam a esta mesma conclusão, o pasto passa a ser insuficiente para alimentar a todos os animais, e, a terra, torna-se superpopulosa, ocasionando então a tragédia da escassez. Com isso, chama-se a atenção para problemas que não podem ser solucionados por meios técnicos, isto é, distintos daqueles cujas “soluções exigem mudanças nos valores humanos ou ideias de moralidade; mudanças em atitudes e comportamentos humanos.”<sup>325</sup>

Portanto, o que bem define a tese da tragédia dos comuns é o fato de que os benefícios individuais são conquistados a partir de um custo coletivo. A análise do custo e benefício é desigual porque para o pastor individual o curso de ação racional é acrescentar animal extra, ganhando todas as vantagens, mas como todos os pastores chegam à mesma conclusão: a superexploração se mostra como destino de longo prazo a ser compartilhada por todos.<sup>326</sup>

Com a metáfora da tragédia dos comuns percebe-se que o ser humano comporta-se como “se fosse dono e senhor da natureza”<sup>327</sup> e busca individualmente a maximização da utilidade de forma infinita em um mundo cujos bens são escassos. Desse modo, o exercício da liberdade, ao invés de proporcionar o resultado positivo, conduz à sobreutilização e ao esgotamento dos recursos. Daí porque quando as vantagens são privatizadas e os custos socializados, “pouco incentivos há para a preservação dos recursos existentes, de forma a compelir a racionalidade a adotar o comportamento de passageiro clandestino que procurar ampliar o seu interesse à custa alheia”.<sup>328</sup>

Nesse sentido, a alternativa então à “tragédia dos comuns”, proposta pela interpretação de Garrett Hardin, é que os recursos comuns devem ser privatizados, naquilo que se chama de apropriação privada da pastagem comum ou, ainda, manterem-se como propriedade do Estado; segundo gestão por um serviço de administração política que, por sua vez, define as regras de acesso e uso.

---

<sup>325</sup> Explica: HARDIN, Garrett. **Tragédia dos Comuns**. Disponível em: <[http://www.academia.edu/9163470/A\\_TRAG%C3%89DIA\\_DOS\\_COMUNS\\_por\\_Garrett\\_Hardin](http://www.academia.edu/9163470/A_TRAG%C3%89DIA_DOS_COMUNS_por_Garrett_Hardin)>. Acesso em: 21 set. 2015.

<sup>326</sup> Assim entende: OST, 1997. p.35.

<sup>327</sup> DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução: Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 53.

<sup>328</sup> OST, 1997, p.150-151.

Portanto, este conceito operacional, a partir dos estudos de Garret Hardin, é importante porque por meio dele busca-se viabilizar o direito de acesso à justiça, traçando-se o paralelo entre a limitação de recursos financeiros do Poder Judiciário e o aumento na demanda de ações judiciais, caracterizando o ambiente judicial como a verdadeira “tragédia” na qual a falta de critérios com relação à exploração da justiça acarreta prejuízo ao interesse coletivo.

### 3.3 INSTRUMENTO MICROECONÔMICO: A TEORIA DOS JOGOS

O Sistema Econômico contribui para a percepção dos fenômenos sociais e auxilia na tomada das decisões jurídicas porque examina a forma como os agentes racionais respondem às alterações nas estruturas de incentivos.

Ademais, para longe da ideia de “colonização” do Direito, a AED reflete acerca do comportamento racional na análise dos custos e benefícios dos agentes, frente à escassez dos recursos, a fim de despertar consciência diversa da construção dogmática - formal, discutida no Direito, utilizando-se, principalmente, das teorias microeconômicas (teoria dos preços e teoria dos jogos) e dos métodos empíricos (estatística e econometria).

Definido o pressuposto pela interdisciplinaridade entre Direito e a Ciência Econômica, a presente abordagem, além da aplicação dos conceitos operacionais examinados anteriormente, é feita a partir do instrumento da Microeconomia, denominado “teoria dos jogos”.<sup>329</sup>

Desta forma, dissertar sobre a teoria dos jogos pressupõe, anteriormente, explicar que sua origem, enquanto Disciplina Acadêmica é proeminente do ramo da matemática aplicada nos anos 30 do Século XX<sup>330</sup>. Todavia, sem utilizar da linguagem numérica, intuitivamente, filósofos como Thomas Hobbes, David Hume e Jean-Jacques Rousseau, também trabalharam os seus elementos da competição e cooperação que recorda a teoria dos jogos. O primeiro, filósofo Inglês, em sua obra “Leviatã”, descreveu que, diante dos conflitos existentes no estado de

---

<sup>329</sup> Embora a denominação teoria dos jogos induza aos conceitos como recreação e passatempo, as aplicações pretendidas envolvem o cenário bem mais abrangente, que excursiona do mais louvável ao mais simples das interações, mas sempre com vistas às estratégias cooperativas e competitivas entre as partes. Por isso, a denominação de jogos não inclui os chamados jogos de sorte ou de habilidade, pois estes escapam da decisão estratégica.

<sup>330</sup> BECUE, 2011, p. 112.



natureza, os participantes utilizam a cooperação entre eles para satisfação imediata de seus interesses na criação do poder comum através do pacto.<sup>331</sup>

Já David Hume, filósofo Escocês, abordou os elementos da teoria dos jogos no livro “Tratado da natureza humana”<sup>332</sup> ao descrever a situação de dois fazendeiros que se sentiam ameaçados em perderem toda a colheita, pela dificuldade de convencerem um ao outro em ajudar, trabalhando a ideia de egoísmo entre as partes, natureza competitiva e a estratégia de convencimento alheio.

O último, Jean-Jacques Rousseau, filósofo Suíço, em sua obra “Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens”<sup>333</sup>, descreveu a situação em que um grupo de caçadores depende da colaboração de todos para juntar quantidade suficiente de alimentos para nutrir a todos. A caça ao servo é exemplo que explica o coletivismo e a cooperação com os demais na busca pela solução eficiente, em detrimento do individualismo na caça de animal de pequeno porte, somente para si.

Vê-se, pois, que mesmo antes da consolidação da nomenclatura como teoria dos jogos, a filosofia já apresentava indícios de situações nas quais para que determinada pessoa pudesse vencer, isto poderia implicar, ou não, na derrota do seu oponente.

Afora a doutrina filosófica, identificam-se três versões distintas para aplicação da teoria dos jogos – “a econômica, a psicológica e a sociológica.”<sup>334</sup> Na versão econômica, interpretam-se os acontecimentos sociais por meio de jogos e estratégias, ou seja, diante de certa gama de opções os agentes escolhem aquelas condutas que lhes são mais vantajosas, de acordo com o cálculo acerca de probabilidade e satisfação máxima de sua utilidade. Como complemento, no bojo da psicologia, a teoria torna-se mais subjetiva, pois passa a considerar a intencionalidade dos agentes. E, no âmbito da sociologia, combina probabilidades lógicas

---

<sup>331</sup> Nessa perspectiva: HOBBS, 2000.

<sup>332</sup> HUME, David. **Tratado da natureza humana**. Tradução de Déborah Danowski. São Paulo: Unesp, 2000.

<sup>333</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens**. Tradução de Loudes S. Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1983b.

<sup>334</sup> VITORINO FILHO, Valdir Antonio; SACOMANO NETO, Mário; ELIAS, Jorge José. Teoria dos Jogos: uma abordagem exploratória. In: **Revista conteúdo**, Capivari, v. 1, n. 2, p. 112-119, jul./dez. 2009, p. 115.

e subjetivas das organizações em seu modelo, adotando definitivamente as ideias de mundo aberto e observador externo.<sup>335</sup>

Entretanto, é por intermédio da comprovação matemática, que a teoria dos jogos, vinculada ao modo como os indivíduos tomam suas decisões e adotam posições estratégicas, evolui e desenvolve-se historicamente por intermédio de cinco períodos e seus respectivos percussores.

O primeiro período de formação do estudo ocorreu, no ano de 1838, com o francês Antonie Austin Cournot e a sua publicação intitulada de “Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses.”<sup>336</sup> O matemático, que pode ser considerado como um dos fundadores da teoria dos jogos não cooperativos, elaborou o modelo de duopólio, mais tarde conhecido como modelo de Cournot, que consiste na ideia de que as empresas produzem o mesmo produto e impedem a entrada de outras fixando seus preços com base na expectativa da capacidade produtiva de sua concorrente.<sup>337</sup> Mencionado modelo apresentou a primeira composição da teoria dos jogos, correspondente à expectativa nas interações entre as partes que dependem sempre da ação do outro: “eu penso que você pensa que eu penso que você pensa que eu penso”.<sup>338</sup>

A segunda fase elaborada no ano de 1871 é representada pelo matemático alemão, Ernst Friedrich Zermelo, responsável pela ideia de que, independente da posição do adversário ou da sua jogada, sempre haverá possibilidade de ganhar do oponente, cujo método fica conhecido como indução reversa.<sup>339</sup>

Concomitantemente a este período, o francês Félix Edouard Justin Émile Borel desenvolveu a ideia de que em situações de interesses opostos, desde que os dois jogadores se convençam que não

<sup>335</sup> Por esse ângulo: VITORINO FILHO; SACOMANO NETO; ELIAS, loc. cit.

<sup>336</sup> Além de Augustin Cournot, autores como James Waldegrave (1713), Francis Ysidro Edgeworth (1881), e Ernst Zermelo (1913) formam a primeira fase da teoria. Nominata encontrada em: D`AMICO, Ana Lúcia. **A contribuição da teoria dos jogos para compreensão da teoria das relações públicas: uma análise da cooperação.** 2008. 274f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 20.

<sup>337</sup> Ensinam: PINDICK; RUBINFELD, 2002, p. 462.

<sup>338</sup> NASAR, Sylvia. **Uma mente brilhante.** Tradução de Sérgio Moraes Rego. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 21.

<sup>339</sup> Conforme: PINDICK; RUBINFELD, 2002, p. 463.

há solução melhor, há sempre uma forma racional para resolver o conflito, o que ficou conhecido como teorema de minimax.<sup>340</sup>

A terceira etapa ocorreu em 1928 e foi marcada pela consolidação da base geral da teoria dos jogos por meio do autor John Von Neumann e seu artigo “Zur Theorie der Gesellschaftsspiele”<sup>341</sup>. Nessa ocasião, o matemático demonstrou que sua teoria é totalmente não cooperativa, prescrevendo a solução numérica para interações em que o ganho de um jogador representa necessariamente a perda para o outro, conhecidos como jogos de resultados que somam zero.<sup>342</sup> O desenvolvimento desse cálculo foi publicado, no ano de 1944, no livro “The Theory of Games and Economic Behavior”, em coautoria com o economista alemão Oskar Morgenstern, os quais analisavam os jogos de soma zero, em que um jogador ganha e o outro necessariamente perde. Essa noção manteve a regra básica das relações econômicas, que desde Adam Smith preconizava pela competição e, assim, se cada pessoa lutar para garantir o melhor para si, os competidores mais qualificados ganharão o quinhão.

No quarto momento, em 1950, partindo de outro pressuposto que não a competição, destacou-se o teórico John F. Nash<sup>343</sup>, considerado pela literatura como um dos autores mais relevantes por examinar a classe que vai além do jogo de soma zero e também ser o criador do chamado Equilíbrio de Nash.

O autor John F. Nash observou que, em alguns casos, cada jogador “escolhe racionalmente a estratégia que considera a melhor frente à expectativa dos demais jogadores, contudo o resultado pode ser insatisfatório para todos”<sup>344</sup>, inserindo, dessa forma, o elemento da cooperação no ganho individual, na qual “a estratégia é que se todos fizerem o melhor para si e para os outros, todos ganham.”<sup>345</sup>

<sup>340</sup> Explicado por: PINDICK; RUBINFELD, loc. cit.

<sup>341</sup> Tradução: “Sobre a teoria dos jogos de estratégia”.

<sup>342</sup> PINDICK; RUBINFELD, 2002, p. 462

<sup>343</sup> Foi aluno de Neumann em Princeton. Ganhador do Prêmio Nobel de Economia no ano 1994. Sua história foi retratada no filme “Uma Mente Brillhante”, vencedor de quatro “Oscars” (indicado para oito), que o apresentou como o gênio da matemática e lutador contra a doença diagnosticada da esquizofrenia.

<sup>344</sup> FIANI, 2006a, p. 35.

<sup>345</sup> ALMEIDA, Flávio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputas. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2, p. 178.

Ainda neste período, baseado no interesse militar em criar estratégias para guerras, lançou-se o teórico Albert Tucker que, baseado no trabalho de Melvin Dresher e Merrill Flood, fundou o mais conhecido problema da teoria dos jogos, intitulado de “Dilema do Prisioneiro.”<sup>346</sup>

Por fim, no quinto e último período, após o fim da década de 1970, início dos anos 1980, e que perdura até os tempos atuais, destaca-se o teórico Robert Axelrod o qual demonstra que a cooperação deve obedecer a um padrão em que, embora o jogador resolva não cooperar, na próxima rodada os demais jogadores devem organizar de forma tácita ou explícita a retaliação que conduzirá à estratégia cooperativa. Referida noção ficou conhecida como *tit for tat* – pagamento na mesma moeda, porque o “jogador é capaz de adaptar sua estratégia às diversas situações e às jogadas dos seus oponentes”<sup>347</sup>, forçando a cooperação entre ambos.

Desde já transparece que o pano de fundo da teoria dos jogos preconiza o estudo formal da competição e da cooperação como cenário estratégico entre as partes, pretendendo modular o comportamento na tomada das decisões. O ponto de partida em sua missão de equacionar os conflitos de interesses que ocorrem a todo instante na sociedade é constatar que, de modo geral, a tendência entre as pessoas é maximizar o ganho individual.

A fim de tornar o conteúdo desta teoria menos abstrato, convém ressaltar que a sabedoria popular nos fornece exemplo de decisão estratégica que ilustra toda técnica: quando o jogador de futebol Garrincha foi transferido ao futebol profissional, ele recebeu instruções sobre como atacar o time adversário: “recebendo a bola antes do meio do campo, você age de tal modo, quando a bola lhe for passada nas proximidades da área adversária, você faz tal outra coisa (...)”, diante de tais apontamentos, Garrincha perguntou: “mas os adversários também estão instruídos para seguir tais cursos de ação?”<sup>348</sup>

A dúvida do jogador Garrincha indica que o senso comum trabalha com a ideia da teoria dos jogos na medida em que a ponderação se dá sobre o movimento dos demais jogadores, ou seja, a ação racional depende da suposição do time adversário.

---

<sup>346</sup> PINDICK; RUBINFELD, op. cit., p. 464

<sup>347</sup> AXELROD, Robert M. **A Evolução da cooperação**. Tradução de Jusella Santos. São Paulo: Leopardo, 2010, p. 33.

<sup>348</sup> BÊRNI, 2004, p. 10.

Todavia, no campo científico, a teoria dos jogos pode ser conceituada como “teoria da decisão”<sup>349</sup> a qual indica, pelo marco teórico de Robert Cooter e Thomas Ulen, o conjunto de elementos “capazes de descrever o comportamento estratégico das partes para ajudar no desenvolvimento da capacidade de raciocínio e exploração das possibilidades de interação entre os agentes, probabilidades que nem sempre correspondem à intuição.”<sup>350</sup>

A teoria dos jogos representa a ferramenta analítica para o entendimento sobre as situações em que haja interação e conflito de interesses entre os participantes. Nesse sentido, ensina Randal Picker:

Em um cenário de teoria dos jogos, atores racionais precisam se preocupar com as ações dos outros, esta é a estratégia fundamental de interdependência que a teoria dos jogos determina. A teoria dos jogos é um conjunto de ferramentas e uma linguagem para descrever e prever o comportamento estratégico. Definições estratégicas são situações em que uma pessoa gostaria de levar em conta como uma segunda pessoa irá se comportar na tomada de decisão, e a segunda pessoa gostaria de fazer o mesmo. Estratégicas normalmente envolvem dois ou mais tomadores de decisão, e a possibilidade de ligar uma decisão a uma segunda decisão, e vice-versa.  
<sup>351</sup> (tradução nossa).

---

<sup>349</sup> “Nós, humanos, pérolas da evolução planetária, estamos tomando decisões praticamente a cada segundo de nossas vidas. Muitas dessas decisões, como dar uma respirada, ou fazer o coração seguir batendo, são muito sutis e praticamente irrefletidas, mas um conjunto igualmente importante de decisões pode ser trabalhado com o mesmo instrumental com o qual o homem antigo estudou triângulos, ovelhas ou fermentação de uva. Hoje em dia, a teoria da decisão estratégica é um ramo bem estabelecido do conhecimento humano, sendo que a teoria dos jogos é apenas uma das formas possíveis de estudar o processo decisório”. Ibid., p. 2.

<sup>350</sup> COOTER; ULEN, 2010, p. 56.

<sup>351</sup> Original: “In a game-theoretic setting, rational actors need worry about the actions of others—this is the fundamental strategic interdependence that game theory addresses. Other settings lack the back-and-forth quality that characterizes strategic settings. Game theory sounds like fun—visions of the gamut from Candyland to Monopoly spring to mind. A definition might be useful; as a rough cut, try: game theory is a set of tools and a language for describing and predicting strategic behavior. I will discuss in a bit what these

Significa que a teoria dos jogos preocupa-se com a forma como os indivíduos decidem quando estão cientes de que as suas escolhas afetam aos demais, conforme ensina Marcelo Batufira Pedroso:

A teoria dos jogos pode ser aplicada a qualquer interação social onde indivíduos tenham alguma compreensão de como o resultado para um participante (jogador) é afetado não apenas pela sua própria ação, mas também pelas ações dos outros indivíduos. A teoria dos jogos é, portanto, uma forma de solução de barganhas e negociações, levando em conta o comportamento racional dos competidores.<sup>352</sup>

Em complemento, Dixiti e Pindyck explicam que a teoria dos jogos:

[...] analisa o comportamento dos jogadores que creem que seus concorrentes ou oponentes são racionais e atuam visando maximizar seus poderes – conjectura de que modo ele deverá levar o comportamento deles em consideração a tomar suas decisões com o objetivo de maximizar. Assim, a verificação da existência de interação entre os indivíduos se faz necessária, tendo em vista que o resultado obtido entre as partes possa ser o equilíbrio.<sup>353</sup> (tradução nossa).

---

tools are and how to apply them, but I want to focus first on the core concept in the definition, strategic behavior. Strategic settings are situations in which one person would like to take into account how a second person will behave in making a decision, and the second person would like to do likewise. Strategic settings typically involve two or more decisionmakers, and the possibility of linking one decision to a second decision, and vice versa.” PICKER, Randal C. **An Introduction to Game Theory and the Law**. Disponível em: <[http://www.law.uchicago.edu/files/files/22.Picker.IntroGame\\_0.pdf](http://www.law.uchicago.edu/files/files/22.Picker.IntroGame_0.pdf)>. Acesso em: 24 set. 2015.

<sup>352</sup> PEDROSO, Marcelo Batufira da C. Losso. **Liberdade e Irrenunciabilidade no direito do trabalho**: estudo dos princípios à economic analysis of law aplicados ao direito do trabalho. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 295.

<sup>353</sup> Original: “analyzes the behavior of the players who believe that their competitors or opponents are rational and act to maximize their powers - conjecture how he should bring their behavior into consideration when making their decisions in order to maximize it. Thus, the finding of interaction among

Trata-se do exame de como os jogadores tomam suas decisões, visando assegurar o melhor resultado para si, com base naquilo que imaginam que será o movimento do outro participante, de forma que o resultado será a soma das decisões de um indivíduo e das estratégias escolhidas pelos demais.<sup>354</sup>

Na interação entre tomadores de decisões individuais, todos eles com um propósito em vista, as condutas têm implicações para outras pessoas, o que torna as ações estratégicas diferentes das demais.<sup>355</sup> Por isso, para compreender as situações sociais é necessário uma teoria que explique como as decisões dos indivíduos estão interligadas. E, esta teoria, denomina-se teoria dos jogos.

O objetivo da teoria dos jogos é entender o processo de decisão estratégica entre os indivíduos, e, por consequência, a sua principal função é facilitar a ação (análise das alternativas entre ganhos x prejuízos para si e seu oponente), apontando ao “jogador” o que acontece quando se adota esta ou aquela estratégia.

Trata-se de raciocínio singular: são situações de escolha nas quais se envolvem expectativas e ações interdependentes, em que a decisão, por parte do participante, depende do comportamento dos demais e, portanto, das condutas que se esperam que os outros realizem – e que dependem, por sua vez, das expectativas que tenham a respeito de sua própria ação.

A partir dessas constatações, percebe-se que a teoria dos jogos ratifica a noção de racionalidade por parte de agentes ao adotarem a decisão sob condições de risco ou incerteza, buscando assegurar movimentos e resultados consistentes.

O método da teoria com base em elementos prévios auxilia a entender o processo de tomada de decisão ou escolhas estratégicas entre os participantes, não apenas no campo da matemática, mas também em diversos ramos como: biologia; direito; administração; entre outras disciplinas, pois se “enquadra como mecanismo essencial na

---

individuals is required in order that the result obtained between the parts can be the balanc.” DIXIT, A.K.; PINDYCK, R.S. **Investment under uncertainty**. Princeton: Princeton University Press, 1994, p. 5.

<sup>354</sup> Por essa lógica: VARIAN, 2006, p. 543.

<sup>355</sup> Acompanha: BIERMAN, H. Scott; FERNANDEZ, Luiz. **Teoria dos Jogos**. 2. ed. Tradução de Arlete Smille Marques. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011, p. 4.

compreensão de qualquer processo de interação em que os agentes reconheçam que suas decisões influenciam mutuamente”<sup>356</sup>.

Detalhando a aplicação da teoria dos jogos na área jurídica, Marcio Pugliesi discorre que a técnica estuda os conflitos como jogos no sentido que, “embora pareça excessivamente abstrata e formal, abarca todos os componentes inevitavelmente presentes nos conflitos, em particular nas lides jurídicas.”<sup>357</sup> Em complemento, Robert Cooter e Thomas Ulen explicam a teoria dos jogos no Direito:

O direito frequentemente se defronta com situações em que há poucos tomadores de decisão e em que a ação ótima a ser executada por uma pessoa depende do que outro agente econômico escolher. Essas situações são como jogos, pois as pessoas precisam decidir uma estratégia. Uma estratégia é um plano de ação que responde às reações de outras pessoas. A teoria dos jogos lida com qualquer situação em que a estratégia seja importante. Conseqüentemente, a teoria dos jogos aumentará nossa compreensão de algumas regras e instituições jurídicas.<sup>358</sup>

Como Ciência da estratégia competitiva e cooperativa, a teoria dos jogos procura determinar matematicamente e logicamente as atitudes que os jogadores devem tomar para assegurar os melhores resultados para si, sem desprezar a decisão do concorrente.

Acompanhando a ideia, Sabrina Maria Fadel Becue lembra que, no campo do Direito, a teoria contribui na indução de comportamentos socialmente desejados, formalizando as regras dos jogos que são previamente conhecidas pelos jogadores, além de permitir ao jurista definir os resultados pretendidos por um ou outro modelo normativo, tendo em vista critérios de eficiência e eficácia, normalmente ignorados pela tradição legalista.<sup>359</sup>

Portanto, situações de conflito, tomada de decisão e desenvolvimento de estratégias reúnem-se como elementos da teoria dos jogos, os quais significam que a ação deve realizar-se racionalmente, e,

---

<sup>356</sup> FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos com aplicações em economia, administração, e ciências sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006b, p. 39.

<sup>357</sup> PUGLIESI, Marcio. **Por uma teoria do direito – aspectos micro-sistêmicos**. São Paulo: RCS, 2005, p. 151.

<sup>358</sup> COOTER; ULEN, 2010, p. 56.

<sup>359</sup> BECUE, 2011, p. 112.



ainda, considerando a dependência do resultado sobre as expectativas recíprocas dos participantes com vistas a maximizar o ganho individual.

Pelo exposto, a teoria dos jogos preocupa-se com o comportamento de indivíduos e os movimentos na tomada da decisão estrategista, levando em conta o seguinte questionamento: se o indivíduo crê que os seus concorrentes são racionais e atuam visando à maximização de seus interesses, de que modo deve considerar o comportamento deles para tomar suas próprias decisões? Para responder a esta pergunta, a teoria apresenta estrutura consubstanciada nos seguintes elementos: jogo, jogadores, comportamento estratégico e *payoffs*.

### **3.3.1 Estrutura: jogo, jogadores, estratégias e *payoffs***

Antes da compreensão da estrutura de interação que ocorre entre os jogadores, suas estratégias e os resultados, convém mencionar que a teoria dos jogos trabalha com a ideia de racionalidade limitada intrínseca aos participantes como pressuposto para sua aplicação. No que se refere à presunção de racionalidade limitada, o agente escolhe as melhores táticas, aplicando e justificando os argumentos para alcançar determinados fins.

As primeiras definições de racionalidade no âmago da teoria dos jogos estão conectadas à ideia de que todos os jogadores tem pleno e irrestrito conhecimento das regras e da intenção dos demais envolvidos. Porém, há modelos de jogos de informação incompleta, ou seja, interações nas quais os jogadores possuem graus diferenciados de conhecimentos, inclusive com informações privilegiadas - assimetria informacional.

Desse modo, dizer que todo o jogador é racional implica em entender que a estratégia escolhida por ele é a mais eficaz para o objetivo final, independente dos seus desejos ou paixões oportunistas, no sentido específico de “racionalidade estratégica”<sup>360</sup> ou “racionalidade instrumental”<sup>361</sup>.

A racionalidade estratégica ou instrumental volta-se para a maneira como os agentes, indivíduos ou grupos que possuem capacidade para afetar a ação dos demais, tomam suas decisões ciente de

---

<sup>360</sup> HÖFFE, Otfried. *Estúdios sobre teoría del derecho y la justicia*. 2. ed. Traducción de Jorge M. Peña. México: Fontamara, 1997, p. 22.

<sup>361</sup> SOLER, Raúl Calvo. *Uso de normas jurídicas y toma de decisiones*. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 18.

suas possibilidades, preferências e otimização dos resultados, isto é, o agente se mostra racional estrategicamente na medida em que toma a decisão que julgue “obter o máximo grau de utilidade possível”.<sup>362</sup>

A racionalidade é desenvolvida na interação entre os agentes e denomina-se jogo; objeto de estudo da teoria dos jogos e cuja ideia exprime o sistema de regras de ganhos e perdas numa situação de cooperação ou conflito. Os jogos, rastreados desde os escritos de Johan Huizinga, como os fatos “mais antigos que a própria cultura, transcendem as necessidades imediatas da vida e representam qualquer situação de interação entre os agentes cujas decisões produzem escolhas interdependentes dos demais participantes.”<sup>363</sup>

Os jogos, em sentido genérico, revelam-se quando as pessoas estão envolvidas conscientemente entre si, na medida em que a tomada da decisão de um sujeito afeta diretamente o resultado da decisão do outro, naquilo que Ronaldo Fiani denomina de “situação de interdependência entre si”.<sup>364</sup>

Os percursores teóricos, John Von Neumann e Oskar Morgenstern, definiram o jogo como “qualquer interação entre agentes, a qual é governada por um conjunto de regras, que especificam os possíveis movimentos de cada participante e por um conjunto de resultados para cada combinação possível de movimentos”<sup>365</sup> (tradução nossa). Disso resulta que a composição do jogo é construída pelas seguintes características:

- (a) um jogo existe com dois ou mais jogadores;
- (b) as opções de jogadas são limitadas;
- (c) cada jogador tem a sua disposição duas ou mais opções, chamadas de “jogadas”;
- (d) cada combinação das jogadas entre os jogadores tem um resultado bastante definido: ganhar, perder, retirar-se, etc.;
- (e) cada jogador sabe exatamente, de maneira detalhada, as regras do jogo: o que pode e o que não pode vale para todos;
- (f) cada jogador conhece também as preferências e as

---

<sup>362</sup> FIANI, 2006b, p. 42.

<sup>363</sup> HUIZINGA, Johan, 1872-1945, p. 3-5.

<sup>364</sup> FIANI, 2006b, p. 2.

<sup>365</sup> Original: “games is any interaction between agents that is governed by a set of rules specifying the possible mover for each participant and a set of outcomes for each possible combination of moves”. NEUMANN, John; MORGENSTERN, Oskar. **The theory of games and economic behavior**. Princeton: Princeton University Press, 1994, p. 3.

crenças de seus oponentes; (g) todos os jogadores são racionais, isso significa que o jogador escolherá a jogada que represente o maior *payoff*, ou seja, a maior estrutura de recompensas, o custo/benefício.<sup>366</sup>

Considerando as características acima mencionadas, a estrutura do jogo, segundo a linguagem empregada pela Ciência Econômica, faz-se nos seguintes termos:

Suponhamos que duas pessoas estão jogando um jogo simples. A pessoa A escreverá uma das duas num pedaço de papel, “alto” ou “baixo”. Ao mesmo tempo, a pessoa B irá, de forma independente, escrever “esquerda” ou “direita”, num pedaço de papel. Depois de fazerem isso, os papéis serão examinados, e cada um dos jogadores receberá o ganho representado na tabela. Se A escreve “alto” e B escreve “esquerda”, então examinamos o quadrado do alto à esquerda da matriz. Nessa matriz o ganho para A é a primeira entrada do quadrado, 1, e o ganho de B é a segunda entrada, 2. Do mesmo modo, se A escreve “baixo” e B escreve “direita”, então A receberá um ganho de 1 e B obterá um ganho de 0.<sup>367</sup>

Conexo a estes termos, a Ciência Econômica também explica a teoria dos jogos pelo modo abstrato, figurativo e numericamente na “matriz de ganhos”, a qual indica o valor de cada jogador para cada combinação de estratégias escolhidas. Quando há dois jogadores e um número finito de ações sempre é possível representar o jogo com uma matriz de ganhos:

---

<sup>366</sup> FIANI, 2006a, p. 76.

<sup>367</sup> Em diversos livros de economia, a forma empregada para explicar a matriz de ganhos em um jogo se perfaz de modo abstrato e figurativo por tabelas, conforme exemplo apresentado na obra de: VARIAN, 2006, p. 543.

Tabela 1 - Matriz de ganho do Dilema do Prisioneiro

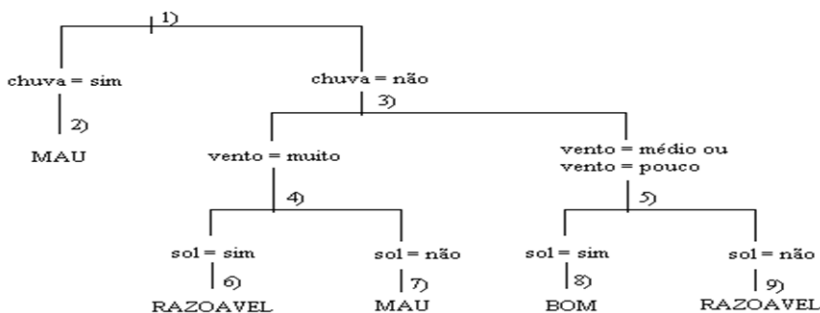
		Jogador B	
		Esquerda	Direita
Jogador A	Alto	1,2	0,1
	Baixo	2,1	1,0

Fonte: VARIAN, 2006, p. 543.

A matriz representa apenas o ganho do jogador para cada combinação de estratégia, e tem como resultado a seguinte solução: do ponto de vista da pessoa A, será sempre melhor escolher baixo, uma vez que os ganhos resultantes dessa escolha, 2,1 ou 1, são maiores do que as entradas correspondentes a escolha do alto, 1,2 ou 0,1. De forma semelhante, é sempre melhor para B escolher esquerda, porque 2,1 e 1,0 dominam 1,0 e 0,1. Portanto, o jogo tem a jogada dominante e de equilíbrio (escolha ótima) se A jogar baixo e B jogar esquerda.<sup>368</sup>

A outra maneira de explicar os jogos é pela aprendizagem simbólica da “árvore de decisão”, cuja forma extensiva significa a representação sequencial de cada ação dos jogadores, ou seja, um “gráfico orientado por um único nodo inicial e as ligações aos demais nodos são as ações possíveis”<sup>369</sup>, representada pela figura ou nó abaixo:

Figura 1 - Nó Figurativo



Fonte:

<<http://www.fep.up.pt/docentes/pcosme/Pedagogico/Arvores%20de%20decisao.doc>>. Acesso em: 28 set. 2015.

A árvore de decisão acima é formada por um conjunto de “nós de decisão”, ou seja, perguntas que permitem a classificação de cada caso, nos seguintes termos:

<sup>368</sup> Explicado por: VARIAN, 2006, p. 544.

<sup>369</sup> VARIAN, loc. cit.

### Quadro 1 - Regras de Decisão

- 1) **SE** chuva = sim **ENTÃO** MAU
- 2) **SE** chuva = não **E** vento = muito **E** sol = sim **ENTÃO** RAZOÁVEL
- 3) **SE** chuva = não **E** vento = muito **E** sol = não **ENTÃO** MAU
- 4) **SE** chuva = não **E** vento = médio **OU** vento = pouco **E** sol = sim **ENTÃO** BOM
- 5) **SE** chuva = não **E** vento = médio **OU** vento = pouco **E** sol = não **ENTÃO** RAZOÁVEL

Fonte:

<<http://www.fep.up.pt/docentes/pcosme/Pedagogico/Arvores%20de%20decisao.doc>>. Acesso em: 28 set. 2015.

Em termos de texto, esta árvore representa regras de decisão exclusivas, exaustivas e independentes umas das outras. A “matriz de ganho” e a “árvore de decisão” são maneiras comuns da Ciência Econômica explicar o conceito de jogo. Essas estratégias podem representar escolhas, por exemplos, econômicas: aumentar o preço da mercadoria ou diminuir o preço; políticas: declarar guerra ou não declarar e também jurídicas: cooperar no acordo ou litigar no processo.

Na perspectiva jurídica, o modo como os jogadores dividem o ganho refere-se à percepção de quanto o acordo vale para cada jogador, isto é, o acordo depende da combinação de opções e benefícios, sob pena da judicialização da demanda.

Todavia, nos limites terminológicos da Teoria Econômica adaptada à escrita jurídica, jogo é conceito técnico condicionado, em primeiro lugar, ao número delimitado de no mínimo dois jogadores; em segundo, corresponde ao movimento fruto das escolhas de cada indivíduo ou perfil de ações, e o terceiro, diz respeito às regras que depreendem o resultado de cada movimento ou jogada.

Independente do estilo adotado para explicar a teoria dos jogos, se pela linguagem Econômica ou Jurídica, fato é que no jogo, como lembra Cláudia Sevilha Monteiro, cada “competidor tente a adequar o seu comportamento de acordo com suas próprias habilidades e objetivos, mas não de forma isolada e sim ajustada à ação dos demais”.<sup>370</sup>

O modo de funcionamento do jogo compõe-se do conceito de utilidade esperada, já que o jogo funciona com participantes que buscam satisfazer suas necessidades, assim como equilíbrio nas previsões dos

---

<sup>370</sup> MONTEIRO, Claudia Sevilha. **O espelho de creonte** - o pluralismo epistêmico nos campos de racionalidade da decisão judicial diante das exigências pragmático formais do direito. 2006, 373 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006, p. 87.

resultados, estando associadas às regras. De acordo com Michel D. Resnik, cada participante possui a utilidade em relação aos resultados dos demais jogadores e conheçam (forma esperada) a árvore ou matriz do jogo por completo pelas regras impostas, e também compreendam perfeitamente o resultado possível tanto das suas escolhas como dos demais.<sup>371</sup>

Os jogos são, portanto, todas as maneiras de interações compostas por participantes que buscam satisfazer suas necessidades e, nas quais, as suas decisões interferem nas reações dos demais, havendo previsão dos resultados frente à imposição vertical de regras.

Estabelecido o ponto de partida da teoria dos jogos perfectibilizado no conceito genérico de jogo, acrescenta-se que a estrutura é formada pelos jogadores ou *players*, chamados também de participantes ou agentes que tomam decisões analisando o custo e benefício das suas escolhas. Os participantes são denominados jogadores (indivíduos ou grupos) porque ao interagirem possuem capacidade para tomar uma decisão e afetar a escolha dos outros agentes, havendo recíproca expectativa no comportamento do outro.

Segundo descreve Ádamo Alberto de Souza, os jogadores são indivíduos que tomam decisões e “comportam-se de forma a atingir seus objetivos, planejando diferentes estratégias, decidindo ao mesmo tempo como agir nos segmentos sociais em que está inserido”.<sup>372</sup>

Além disso, possuem como principal objetivo alcançar o melhor resultado possível para si, considerando as preferências de todos os atores envolvidos e, dessa forma, o responsável por decisões escolhe a melhor ação segundo suas preferências. Os jogadores presumidos limitados racionalmente e com comportamento estratégico para atingir e maximizar seus objetivos são aqueles que participam da jogada com o escopo de obter determinado resultado e empreendem na interação uma conduta competitiva ou cooperativa, porque ainda que possuam interesses divergentes, estes não são necessariamente opostos – podendo convergir, em lugar de sempre divergir.<sup>373</sup>

Assim, cada parte entendida como jogadora pode ser vista no contexto em que “tomam decisões estratégicas, no sentido preciso de que suas decisões não contemplam apenas os seus objetivos e suas

---

<sup>371</sup> RESNIK, Michel D. **Elecciones** – una introducción a la teoría de la decisión. Traducción de Stella Villarrea y Blanca Rodríguez. Barcelona: Gedisa, 1998.

<sup>372</sup> SOUZA, Ádamo Alberto de. **A Teoria dos Jogos e as ciências sociais**. Marília: Unesp, 2003, p. 155.

<sup>373</sup> Acompanha: BÈRNI, 2004, p. 123

possibilidades de escolhas, mas também os objetivos e as escolhas dos demais.”<sup>374</sup>

Segundo a perspectiva sistêmica, as partes formam o todo, e este todo é afetado pelos movimentos dos seus componentes, como numa engrenagem. Desse modo, na teoria dos jogos, “constatam-se comportamentos estratégicos de jogadores que, ao tomarem decisões próprias em busca de seus objetivos ímpares, agem individual ou coletivamente, formando uma unidade, um todo”<sup>375</sup>, mas sempre considerando o que o outro jogador supostamente pensa e planeja.

Numa apreciação de âmbito individual, o que importa são as análises preventivas feitas por todos os participantes, calculando o que pensa o seu oponente para então poder planejar seus próprios movimentos. Nesse sentido, caso em alguma etapa do jogo os jogadores tomem suas decisões sucessivamente, é importante saber se o “jogador que decide em uma etapa seguinte conhece ou não a decisão do jogador anterior.”<sup>376</sup>

Logo, os *players* agem baseados em estratégias como num plano de ação, objetivando alcançar o melhor resultado, ou seja, maximizando os ganhos e diminuindo as perdas, mas sempre obedecendo às regras que determinam os princípios e as normas limitadoras das jogadas. As regras que funcionam como “conjunto de princípios, normas e preceitos que norteiam as ações dos jogadores nos jogos”<sup>377</sup> permitem dar segurança aos jogadores, pois determinam como se joga; orientando a variedade de ações de cada jogador.

Portanto, o liame interativo entre os jogadores se constrói sob a égide de regras, no exame das possíveis ações do seu oponente, e, ainda, nas consequências que uma decisão tem na tomada do outro, razão pela qual torna-se importante delimitar as estratégias adotadas.

Eis o terceiro elemento da teoria dos jogos: o comportamento estratégico dos jogadores, que ocorre antes da definição da jogada, pelo conhecimento da ação dos demais participantes, tendo em vista que saber o conjunto de ações de cada jogador é passo fundamental na análise do processo de interação estratégica.

De acordo com Fiani, as “estratégias são os planos de ações que especificam, para cada jogador, quais atitudes devem ser consideradas

<sup>374</sup> FIANI, 2006b, p. 14.

<sup>375</sup> D`AMICO, 2008, p. 27.

<sup>376</sup> FIANI, op. cit., p. 45.

<sup>377</sup> BÊRNI, 2004, p. 30.

nos momentos de decisão”<sup>378</sup> e, o autor Bêrni, acrescenta que é a “descrição completa da ação do jogador sob quaisquer circunstâncias, visando atingir aos seus objetivos”<sup>379</sup>. Ora, ao partir-se do pressuposto que os agentes desejam maximizar os ganhos e diminuir as perdas, a questão central ao eleger a estratégia é justamente tentar prever os ganhos e as perdas potenciais que existem em cada alternativa.

Em termos simples, numa situação de conflito, a estratégia deve equacionar o que se mostra mais vantajoso: colaborar pela cooperação mútua ou abster-se para uma decisão de competição. Esse binômio estrategista significa que as recompensas devem ser maiores que os prejuízos futuros, razão pela qual os jogos destacam-se pelas espécies de estratégias apontadas pela doutrina: a) dominante: há estratégia ótima para cada um dos dois jogadores, não importando o que o outro faça; b) estratégia *maximin*: neste tipo de jogada, a estratégia de um jogador depende dos demais e poderá acarretar ganhos mínimos para todos. Essa solução se aproxima da realidade, pois nas situações de conflito é mais provável que o indivíduo aposte na solução individual e não na coletiva; o que resulta na maximização dos piores resultados para todos os jogadores; c) estratégia *tit-for-tat* também conhecida como “olho por olho”: é uma forma de repetição, pela qual o indivíduo responde do mesmo modo que seu oponente. O jogador coopera caso seu oponente também esteja cooperando e pode mudar para estratégia não cooperativa se o outro mudar para competitiva; d) estratégia mista: trata-se de estratégia de jogo em que o participante faz escolha aleatória entre as opções possíveis, baseado numa combinação de probabilidades possíveis esperadas; e) estratégias competitivas e cooperativas: apresentam o resultado, respectivamente de soma zero e diferente de zero.<sup>380</sup>

Independentemente do comportamento estratégico apresentado, o plano de ação, precisa englobar o conjunto ordenado de ações a serem tomadas em cada possível evolução do jogo; as eventualidades que podem surgir; qualquer que seja a quantidade de informação que se possui em qualquer ponto da partida, bem como a definição da forma de comunicação a ser adotada entre jogadores.<sup>381</sup>

---

<sup>378</sup> FIANI, 2006a, p. 54.

<sup>379</sup> BÊRNI, 2004, p. 32.

<sup>380</sup> Classificação encontrada em: PINDICK; RUBINFELD, 2002, p. 468, 469 e 473.

<sup>381</sup> Nesse sentido: MAZOLI, F.F. **Relações entre o problema dos momentos e a Teoria dos Jogos estratégicos**. São Paulo: [s. n.], 1959, p. 24.



Além disso, é necessário, de acordo com Axelrod, que o “jogador seja capaz de adaptar sua estratégia às diversas situações, às jogadas e aos oponentes”<sup>382</sup>, pois, as táticas adotadas devem sempre levar em conta as estratégias elaboradas pelos outros jogadores. Portanto, a estratégia envolve as supostas ações do oponente dentro de um plano de ação a critério do jogador, naquilo que se compreende como otimização de estratégias e dos resultados.

Por último, da evolução no processo de jogada, desde a escolha pelos participantes das suas estratégias até a obediência das regras, chega-se ao momento dos resultados, ganhos ou recompensas obtidos ou, como usualmente emprega a linguagem teórica, aos *payoffs*, “podendo ser +1 (para o ganhador), -1 (para o perdedor) e 0 (caso de empate).”<sup>383</sup>

Depois de definidos os participantes, apresentadas as regras, a jogada avança com o comportamento estratégico para obtenção do resultado pelos ganhos ou pelas perdas e solução do jogo, “declarando quem vence x quem perde ou traduzindo-se num valor numérico, numa quantidade de dinheiro ou de pontos”.<sup>384</sup>

Na definição de Fiani, os *payoffs* exercem a função de “recompensa a cada jogador, obtido após o encerramento do jogo, consoante às próprias escolhas e considerando as dos demais jogadores.”<sup>385</sup> Neste âmbito, a cada estratégia adotada, os jogadores, por consequência, desenvolvem suas ações com vistas às retribuições e à maximização dos resultados, independentemente das condutas beneficiarem ou prejudicarem os demais.

Tendo em vista que o objetivo do jogo é alcançar o seu encerramento, todas as táticas serão compostas para atingir o maior resultado, seja ele ganho, retorno ou recompensa e, ao partir do delineamento dos *payoffs* para cada participante, afigura-se o fim da estrutura da teoria dos jogos.

Dessa forma, a partir das referências estudadas, que oferecem o panorama dos teóricos economicistas a respeito dos elementos que compõem a teoria dos jogos, apresenta-se o quadro resumo elaborado por Ana Lúcia D`amico, que bem sumariza toda a estrutura da teoria:

---

<sup>382</sup> AXELROD, 2010, p. 65.

<sup>383</sup> BÊRNI, 2004, p. 45.

<sup>384</sup> D`AMICO, 2008, p. 41.

<sup>385</sup> FIANI, 2006a, p. 60.

Quadro 2- Resumo da teoria dos jogos

COMPONENTES	CARACTERÍSTICAS
JOGADORES	Participantes, agentes, personagens ou equipes, entendidos também por indivíduos, empresas, governos. Toda e qualquer organização. Interesses, objetivos, expectativas, metas próprias, opostas ou não, que podem compor uma coletividade, sendo divergentes ou convergentes. O destino e a ação baseiam-se nos movimentos e nas repostas alheias, dadas as possibilidades dos demais.
ESTRATÉGIAS	Plano de ação, com descrição das decisões a serem tomadas em todas as situações possíveis. Conjunto de alternativas, de movimentos (e de comportamentos) que um jogador pode utilizar no jogo. O jogador está focado nos ganhos e perdas, seus e do oponente. Inexiste estratégia ideal.
REGRAS	Conjunto de princípios e normas que regulamentam um jogo. Existe um conjunto de regras feitas de maneira apropriada a cada jogo.
PAYOFFS	O que se obtêm depois de encerrado o jogo: recompensa, benefício ou até mesmo punição do jogador. Solução ou ganho de um jogo.

Fonte: D'AMICO, 2008, p. 41.

Portanto, a teoria dos jogos consiste no processo de interação entre dois ou mais jogadores que, mediante a combinação de estratégias, abrem espaços para a convergência do maior resultado.

### 3.3.2 Modalidades de jogos

A estrutura da teoria dos jogos depende do complexo sistema de interdependência entre as decisões de dois ou mais agentes estrategistas, denominada jogo, até chegar ao momento de analisar quais são as consequências para cada tipo de jogada no caso dos participantes agirem racionalmente e adotarem determinada estratégia, por meio das diversas

modalidades de jogos. Isso porque, para cada espécie de jogo existem diversos resultados e, portanto, várias estratégias sobre como as decisões precisam ser tomadas para alcançá-los. Para obter a compreensão ampla da teoria dos jogos, convém mencionar diversos tipos de jogos existentes, começando pela classificação apontada por Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi em: a) os jogos simultâneos: aqueles nos quais os jogadores decidem sem conhecer informações do seu oponente; b) jogos sequenciais: cada etapa do jogo o participante tem informação sobre o oponente para calcular a melhor estratégia, sendo que essa espécie se conjuga com os jogos de informação perfeita; c) jogo de informação perfeita: também conhecido como indução inversa, permite aos jogadores saberem previamente os movimentos dos demais; d) jogo de informação imperfeita: aqueles em que o jogador faz escolhas sem ter conhecimento acerca do histórico do jogo; e) jogo de informação completa: os jogadores sabem sobre toda a estrutura dos jogos; f) jogos de informação imperfeita: neste os jogadores conhecem as estratégias, porém não tem ciência das ações; g) jogo de informação incompleta pelo qual o jogador não conhece algum elemento do jogo; h) jogos simétricos são aqueles nos quais o pagamento (resultado) para os jogadores em participar de uma estratégia depende apenas da estratégia escolhida e não de quem está jogando; i) assimétricos: referem-se quando as estratégias são diferentes para cada parte e a jogada depende do demais.<sup>386</sup>

Além dessa classificação, outra conhecida economicamente é a do autor Robert Gibbons na qual aponta quatro tipos de jogos: estáticos, dinâmicos, com informação completa e informação incompleta e, ainda, subdivide seus tipos cruzando as informações de modo que resultam em: a) jogos estáticos com informação completa: os participantes jogam simultaneamente com o conhecimento das mesmas informações; b) jogos estáticos com informação incompleta: os participantes farão suas escolhas, simultaneamente, contudo, pelo menos um dos jogadores obtém informação assimétrica em relação a outro; c) jogos dinâmicos com informação completa: iniciam-se com a jogada do primeiro jogador que, dentre uma série de opções conhecidas por todos, escolhe uma; d) jogos dinâmicos com informação incompleta: caracterizam-se pelas jogadas subsequentes de cada participante, sendo que ao menos um deles obtém informações sobre o resultado de um de seus oponentes.<sup>387</sup>

<sup>386</sup> Classificação de: PINHEIRO; SADDI, 2006, p. 32, 33.

<sup>387</sup> GIBBONS, Robert. An Introduction to Applicable Game Theory. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 11, n. 1, p. 127-149, jan., 1997.

Independente do tipo de jogo escolhido, os movimentos estratégicos dos jogadores visam alterar a ordem dos resultados para garantir o maior ganho possível para si, em jogos do tipo ganha e perde, presente na competição, ou ganha e ganha, existente na cooperação.

### 3.3.2.1 Jogos competitivos e o resultado de soma zero

Os jogos competitivos ou não cooperativos, a partir de John Neumann, retratam o maior desenvolvimento da teoria dos jogos, e referem-se à clássica situação em que não há comunicação prévia entre os agentes e cada qual atua independentemente e sem colaboração do outro. Explica Hal R. Varian que nesta espécie de jogo a “comunicação preliminar não é permitida, embora possa existir algum momento de sinalização implícita entre as condutas dos jogadores”<sup>388</sup>, sem que haja espaço para alianças, efetivação de compromissos obrigatórios, tampouco acordos forçados entre eles.

Ora, se não há comunicação entre os participantes, não é possível a negociação baseada na troca de informações, mantendo as partes o arranjo não cooperativo entre si, já que o ganho se mostra mais vantajoso pela competição. Além disso, como os jogadores agem racionalmente, tendem a escolherem as opções dentre as quais levam aos melhores resultados.

Neste tipo de jogo, conforme recordam Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, “os interesses dos *players* são totalmente opostos, numa verdadeira guerra”<sup>389</sup> e, por isso, para que um participante ganhe o outro, necessariamente, precisa perder; ou ainda, dependendo das estratégias adotadas, é possível que nenhum deles possua saldo positivo.

No processo de otimização dos resultados, a estratégia dominante está naquela que diminui ao máximo a possibilidade de perda e, ao mesmo tempo, leva a maior desvantagem possível ao adversário, como no confronto de interesses, estritamente competitivo, já que a cooperação é praticamente nula.

Na visão de Hamel e Prahalad, quando se escolhe a estratégia de competição é “preciso ter a visão de futuro e se antecipar às ações dos concorrentes com o objetivo de garantir que os riscos futuros sejam

---

<sup>388</sup> VARIAN, 2006, p. 570.

<sup>389</sup> PINHEIRO; SADDI, 2006, p. 168.

menores do que as recompensas futuras.”<sup>390</sup> Dessa forma, o jogo competitivo retrata a situação clássica de conflito, na qual após os agentes encontrarem o par de estratégias equilibradas, nenhum deles possuem incentivos para alterar a sua conduta, motivo pelo qual se mantém a estratégia competitiva.

Factivamente, a estrutura de preferências implícita nos jogos competitivos representa a situação na qual as pessoas até estão prontas a cooperar com as demais, porém a cooperação esbarra na maximização de utilidade individual. Os autores Robert Pindyck e Daniel Rubinfeld explicam a espécie de jogo competitivo por meio do seguinte exemplo:

Um jogo é considerado não cooperativo quando não é possível negociar contratos que vinculem o cumprimento obrigatório entre os participantes: duas empresas concorrentes consideram a probabilidade do comportamento da outra para determinar sua estratégia de preço. Sabe-se que ambas estão renovando seus preços, porém, não regularam uma tabela de ajuste, tendo que fazer cálculos especulativos sobre a determinação de sua concorrente. Isso quer dizer que no jogo não cooperativo os indivíduos atuam de forma a maximizar e alcançar suas próprias metas.<sup>391</sup>

No jogo competitivo os “players” não se comunicam previamente, e objetivam vencer um ao outro, minimizando as perdas e maximizando os ganhos. E, ainda, há o conjunto de interesses totalmente opostos, numa verdadeira negociação do tipo ganha ou perde, na qual a cooperação de estratégias dominantes inexistente. Ana Lúcia D`amico destaca as seguintes características:

Confronto de interesses. Ênfase no indivíduo, ação independente, sem colaboração. Acordos livres entre os jogadores. Compromisso com si próprio. Atuação sem comunicação entre partes. Como ação é isolada e não-coletiva, só há o planejamento de estratégias individuais. Maximização de *payoffs* individuais em qualquer

---

<sup>390</sup> HAMEL, G; PRAHALAD, C K. **Competindo pelo futuro: estratégias inovadoras para obter o controle do seu setor e criar os mercados de amanhã**. Rio de Janeiro: Campus, 1995.

<sup>391</sup> PINDICK; RUBINFELD, 2002, p. 462.

que seja o resultado coletivo. Negociação tipo: ganha-perde, perde-perde.<sup>392</sup>

Por este tipo de negociação “ganha x perde”, os jogadores, como recorda Almeida, “não podem entrar em acordos ou firmar compromissos com os demais, estando impossibilitados de buscarem a maximização dos *payoffs* coletivos, com o benefício para todos os envolvidos, alicerçando seus ganhos somente de forma individual e solitária.”<sup>393</sup> Dessa forma, uma vez que inexistem acordos obrigatórios em jogos não cooperativos, a ênfase neste tipo de modalidade está então no indivíduo solitário que atua independentemente e sem colaboração dos demais, e não no grupo coordenado pelas ações de modo coletivo.

Por conseguinte, o esquema de jogo não cooperativo mais famoso é o Dilema do Prisioneiro, formulado inicialmente por Merrill Flood e Melvin Dresher em 1950, mas desenvolvido pelo matemático Albert Tucker que elucida a situação hipotética de dois homens suspeitos de violarem conjuntamente a lei, e que são interrogados simultaneamente, sem salas separadas pela polícia.

Trata-se do modelo de dilema que pode ocorrer entre pessoas, instituições ou Países, e visa responder às questões levantadas como: “é vantagem cooperar? Devo continuar sendo egoísta e tirando vantagem de outra pessoa para maximizar os meus desejos? Nesse sentido, a parábola demonstra a situação na qual os agentes ao escolherem individualmente a solução não cooperativa arcam com os piores resultados coletivamente, conforme a seguinte história:

Dois suspeitos criminosos, A e B, foram presos. As provas não são conclusivas, e a justiça deve decidir pela condenação em 1 ano. Os suspeitos estão presos em celas diferentes, sem contato algum. A promotoria, então, oferece um mesmo acordo aos dois, separadamente: se um dos prisioneiros confessar o crime e testemunhar contra o outro e esse outro suspeito permanecer em silêncio, o preso que confessou sai livre por ter cooperado com a justiça, enquanto o cúmplice silencioso cumpre 10 anos de sentença. Se os dois prisioneiros ficarem em silêncio, a polícia só

---

<sup>392</sup> D'AMICO, 2008, p. 54.

<sup>393</sup> ALMEIDA, Flávio Portela Lopes de. **Democracia e constitucionalismo: perspectivas metodológicas a partir da Teoria dos Jogos**. São Paulo: Instituto Comportamento Evolução e Direito, 2005. v.1., p. 5.

poderá condená-los a 1 ano de pena a cada um. Ou ainda, se ambos traírem o comparsa, ou seja, se um acusar o outro, cada um será condenado a 5 anos de prisão. Cada suspeito toma sua decisão sem saber que decisão o outro vai tomar, e nenhum dos dois tem certeza da decisão do outro.<sup>394</sup>

O dilema propõe: como o prisioneiro vai reagir? Qual a melhor estratégia, trair ou cooperar? Para analisar estes questionamentos é necessário separar as decisões dos suspeitos A e B, conforme sintetizam Robert Pindyck e Daniel Rubinfeld:

Cada um deles têm duas opções, cooperar ou trair o outro, o que acarretará em 4 alternativas, que dependem da escolha do comparsa. Como ambos não sabem o que o outro escolheu, é difícil tomar essa decisão. Considerando que numa situação de prisão, ainda que um soubesse da escolha do outro, como confiar plenamente? Se um espera a cooperação por parte do outro, a melhor escolha do jogo para ambos seria o silêncio, ou seja, se “A” nega e “B” nega, ambos terão uma pena pequena. Contudo, se um espera a cooperação do outro e o trai, o que traiu é libertado imediatamente e o outro cumpre pena de 10 anos. Caso um espere que o outro confesse, o melhor é confessar também, para que a pena seja reduzida para 5 anos para ambos. Como se pode observar confessar é uma estratégia atraente para ambos, já que independente da escolha do outro, sua pena será reduzida. Contudo, se ambos fizerem o mesmo, receberão ambos, a maior pena. O ponto central desse dilema é a conclusão de que a busca por resultados individuais não leva a um resultado ótimo, há uma situação para os dois em que a utilidade de um pode melhorar sem o detrimento da utilidade do outro. Dessa forma, a escolha de negar o crime domina as demais opções, dado o risco do resultado.<sup>395</sup>

---

<sup>394</sup> VARIAN, 2006, p. 560.

<sup>395</sup> PINDICK; RUBINFELD, 2002, p. 463.

O dilema do prisioneiro é o típico exemplo de jogo não cooperativo, em que as estratégias disponíveis tornam impossíveis as cooperações entre ambos os *players*, e serve para explicar o comportamento dos agentes quando há o conflito entre a racionalidade individual e a coletiva, ou seja, interesse próprio x cooperação coletiva.

A metáfora explica que nem sempre a decisão encarada como racional pelo agente econômico é racional do ponto de vista coletivo, conforme a tabela abaixo, na forma matricial:

Tabela 2- Dilema do Prisioneiro

Prisioneiro A	Prisioneiro B	
	Confessa	Não confessa
Confessa	(5,5)	(0,10)
Não confessa	(10,0)	(1,1) <sup>396</sup>

Fonte: VARIAN, 2006, p. 560.

Percebe-se, com a tabela 2, que os jogadores, os suspeitos, são denominados jogador A e jogador B, sendo que cada um dispõe de duas estratégias: confessar (falar) ou não confessar (não falar - desertar) o crime. Os valores expressos no quadro correspondem aos *payoffs* dos jogadores e representam o resultado, isto é, significam a recompensa e o prêmio de cada um dos jogadores por escolher determinada estratégia.

Em cada decisão, o prisioneiro pode satisfazer o seu próprio interesse (trair) ou atender ao interesse do grupo (cooperar). As possibilidades são: a) ambos cooperam; b) ambos desertam; c) o prisioneiro A coopera, enquanto o prisioneiro B trai; d) o prisioneiro A trai, enquanto o prisioneiro B coopera.

A tabela representa os seguintes resultados: se o suspeito A confessar e o suspeito B não confessar, o A será solto e o B receberá 10 anos de prisão e, vice e versa. Se os dois confessarem, um ao outro, ambos serão condenados a 5 anos de pena. E, por fim, se ambos não acusarem um ao outro, receberão apenas 1 ano de prisão. Disso resulta que se os jogadores pudessem se comunicar e confiar na palavra do oponente, a melhor estratégia seria não confessar (1 ano para cada). Porém, em se tratando de jogo não cooperativo e sem comunicação, a estratégia dominante é confessar baseado na esperança de que o outro não o acuse, pois quem colaborou é liberado, enquanto o outro é condenado a pena máxima ou tem assegurado, no mínimo, pena menor de 5 anos, ao invés de 10 anos. Em outras palavras, de forma simples,

<sup>396</sup> Os números entre parênteses indicam, respectivamente, os anos de prisões de A e B, conforme a estratégia adotada.



seja qual for a opção do parceiro, a escolha racional é trair, pois o prisioneiro se sai melhor confessando e não cooperando. No mesmo sentido explicam Robert Pindyck e Daniel Rubinfeld:

Se um espera a cooperação por parte do outro, a melhor escolha do jogo para ambos seria o silêncio, ou seja, se “A” nega e “B” nega, ambos terão uma pena pequena. Contudo, se um espera a cooperação do outro e o trai, o que traiu é libertado imediatamente e o outro cumpre pena de 10 anos. Caso um espere que o outro confesse, o melhor é confessar também, para que a pena seja reduzida para 5 anos para ambos. Como pode-se observar, confessar é uma estratégia atraente para ambos, já que independente da escolha do outro, sua pena será reduzida. Contudo, se ambos fizerem o mesmo, receberão ambos, a maior pena. O ponto central desse dilema é a conclusão de que a busca por resultados individuais não leva a um resultado ótimo, há uma situação para os dois em que a utilidade de um pode melhorar sem o detrimento da utilidade do outro. Dessa forma, a escolha de negar o crime domina as demais opções, dado o risco do resultado.<sup>397</sup>

A estratégia dominante independe da decisão do outro e, neste caso é trair, porque ambos os prisioneiros desejam apenas reduzir o tempo que devem permanecer presos e não se preocupam com quanto tempo o outro ficará na prisão.

Entretanto, a escolha individual não é a melhor para todos, pois o ideal reside na a colaboração ao ficar em silêncio, pois, cada agente ficaria apenas um ano de prisão. Assim, o Dilema do Prisioneiro demonstra as situações em que a escolha individual conduz à traição mútua, enquanto que a colaboração proporciona melhores resultados. O exemplo de jogo não cooperativo pelo Dilema do Prisioneiro enfatiza os processos de interação estratégica, demonstrando que nem sempre a busca pela melhor opção individual conduz ao melhor resultado para todos.

Portanto, nos jogos não cooperativos somente é dado competir, pois o planejamento das estratégias é individual e os resultados sempre

---

<sup>397</sup> PINDICK; RUBINFELD, 2002, p. 464.

somando zero, já que o total dos ganhos ou lucros de um jogador equivale às perdas ou prejuízo da outra parte, na base do “tudo ou nada”.

Daí porque o subtipo do jogo competitivo apresenta resultado de soma zero, no qual a soma dos ganhos dos jogadores é igual zero, isto é, a cada movimento favorável a um jogador, ao outro será desfavorável, “de modo que somente um poderá ganhar e o outro perder; um jogador ganhará exatamente o que o outro perdeu”.<sup>398</sup>

Segundo Fiani, exemplifica-se a natureza zero no caso de dois adversários lutarem por um território de 5 hectares, e os oponentes não chegarem ao acordo para dividir as terras. “Na batalha em que o jogador ganha os 5 hectares e o outro perde e fica sem os 5 hectares, sendo a soma de  $5 + (-5) = 0$ , caracterizando o jogo de soma zero.”<sup>399</sup>

Para George Day e Davids Reibstein, a estratégia de soma zero ocorre como consequência do jogo competitivo e significa que a vitória de uma pessoa ou organização implica, necessariamente, na derrota de outra, “como no jogo de xadrez ou no jogo da velha, o resultado de soma zero, não existe a possibilidade de colaboração entre as partes.”<sup>400</sup>

A classificação se deve ao fato de que a soma dos ganhos dos jogadores é zero, já que um jogador ganha exatamente o que o outro perde, ou seja, os ganhos para uma parte são as perdas para outra, apresentado a soma nula.<sup>401</sup>

Em razão dos interesses opostos, no jogo competitivo, não se agrega valor ou utilidade em escolher a estratégica cooperativa, pois o ganho do jogador resulta na derrota do outro participante e no resultado que soma zero. Como conclusão, Ana Lúcia D`amico indica que os jogos competitivos são aqueles em que a “comunicação entre os jogadores não possui papel determinante, há interesses opostos que divergem e, o resultado soma zero, porque está baseado na competição.”<sup>402</sup>

Portanto, a estratégia dominante neste tipo de jogo declina a não cooperação, porquanto a resolução se perfaz na matriz de ganhos com vitória de uma parte sobre a derrota da outra, resultando em zero.

<sup>398</sup> SOLER, 2003, p. 78.

<sup>399</sup> FIANI, 2006a, p. 185.

<sup>400</sup> DAY, George S; REIBSTEIN, Davids. **A Dinâmica da Estratégia Competitiva**. 1. ed. São Paulo: Campus, 1997, p. 34.

<sup>401</sup> Nesse sentido: DAVIS, Morton D. **Teoria dos Jogos** – uma introdução não técnica. Tradução de Leonidas Hezenberg. São Paulo: Cultrix, 1973, p. 21-22.

<sup>402</sup> D`AMICO, 2008, p. 60.

### 3.3.2.2 Jogos cooperativos e o resultado diferente de zero

Por outro lado, verifica-se que, em determinados tipos de jogos, a cooperação é visível e se mostra como a melhor estratégia a ser adotada. Esses tipos chamam-se, segundo Varian, de jogos cooperativos porque “há comunicação entre os jogadores e permite-se a coalizão que exprime relações mútuas.”<sup>403</sup>

O componente fundamental da comunicação possibilita o processo de transmissão de mensagem do emissor ao receptor, com o sentido de compartilhamento de informações para o resultado cooperativo do jogo.<sup>404</sup> Logo, a comunicação prévia, utilizada para decidir qual estratégia a ser adotada, é permitida entre os jogadores para que ocorra a colaboração no convencimento do outro participante para juntos cooperarem.

Objetivamente, nos jogos cooperativos, os participantes “negociam contratos que vinculam o cumprimento obrigatório de temas, dessa forma podem planejar estratégias em conjunto”.<sup>405</sup> Com a cooperação ocorre o ponto de equilíbrio, pois os jogadores fixam a decisão que seja do agrado de todos, sem desprezar que os indivíduos possuem interesses e querem maximizar os resultados das suas escolhas, considerando o menor custo possível.

O sentido da cooperação, que provém do latim *cooperatione*, derivado do verbo “cooperati, de cum + operari = operar, trabalhar em conjunto”, não é fator social introduzido pela teoria dos jogos. Ele aparece em todas as sociedades como símbolo da sobrevivência, acreditando que se “alcança melhores resultados atuando por meio de parcerias, acordos e ações conjuntas do que isoladamente”.<sup>406</sup>

Segundo Pinho, a ideia de cooperação é explicada com base nos chamados “princípios dos Pioneiros de Rochdale”, os quais significam:

Adesão voluntária e livre: possibilita a inserção ou saída do “cooperado”, sem coerção por motivos políticos, religiosos, éticos ou sociais; gestão democrática: metas e objetivos do trabalho em conjunto, nada é imposto; educação e informação:

---

<sup>403</sup> VARIAN, 2006, p. 567.

<sup>404</sup> Acompanha: DORIA, P. **Comunicação**: dos fundamentos à internet. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 23.

<sup>405</sup> PINHEIRO; SADDI, 2006, p. 170.

<sup>406</sup> MINICUCCI, A. **Dinâmica de grupo**: teorias e sistemas. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 45.

os “jogadores” são condicionados a cooperar e são informados sobre as vantagens da cooperação organizada, estimulando e perpetuando o conceito da cooperação; inter-cooperação: o fortalecimento da cooperação é o intercâmbio de informações, projetos, produtos e serviços, viabilizando o setor como atividade socioeconômica.<sup>407</sup>

A base da cooperação está relacionada não somente na confiança, mas também na durabilidade das relações e, por isso, quando se tem condições adequadas para que a cooperação surja entre os indivíduos, estes podem vir a colaborar por meio do aprendizado – via tentativa e erro, por possibilidades de recompensas mútuas, imitação de outros indivíduos bem-sucedidos, ou até mesmo por meio do processo de seleção dos comportamentos mais viáveis.

Já no tocante a racionalidade, salienta-se que Robert Axelrod não encontra empecilhos no ser humano mostrar-se racional em relação à cooperação, pois “sabemos que as pessoas não são anjos e que elas tendem em primeiro lugar a se preocupar consigo mesmas e com o que lhes pertence. Sabemos que a cooperação existe e que a civilização se baseia nela”<sup>408</sup>. E, ainda, segundo o autor, a cooperação pode ser alcançada mediante as expectativas de reciprocidades; retribuição no agir cooperativo, evitando, assim, a exploração do indivíduo. Este princípio da cooperação intrínseco ao jogo cooperativo vincula-se a já mencionada estratégia *Tit for Tat*, que significa cooperar-se com quem também o faz e não com quem trai esse conceito.<sup>409</sup>

A continuidade nas interações presentes nos jogos cooperativos representa agir estratégico coordenado ao mesmo fim; bom para todos, pois como os participantes possuem interesses compartilhados são capazes de pactuar, havendo, então, reciprocidade.

Engendra-se que, neste tipo de dinâmica, os *players* podem sinalizar aos outros agentes seu desejo de realizar pactos, favorecendo aos estímulos à obtenção de melhores *payoffs* (coletivos).<sup>410</sup> Por isso, nesta modalidade, os participantes operam de forma coordenada pela adoção dos mesmos critérios, ou seja, possuem interesses

---

<sup>407</sup> PINHO, D. B. **Economia e Cooperativismo**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 10

<sup>408</sup> AXELROD, 2010, p. 66..

<sup>409</sup> Nesse lógica: PINHEIRO; SADDI, 2006, p. 168.

<sup>410</sup> Acompanha: CHALEGRE, P. **O princípio dos interesses coincidentes**. São Paulo: E-book, 2001, p. 55.

compartilhados de modo que o ganho de um dos participantes aproveita o segundo.

Comentando sobre o tema, Cláudia Sevilha Monteiro esclarece que os jogos cooperativos são denominados jogos de negociação:

Esses são os chamados jogos de negociação, que colocam em evidência a vantagem de terminar uma disputa mediante a negociação sobre a opção de deixá-la seguir até as últimas consequências ou que se deixe resolver pelo uso da força. Nessas estratégias de negociação, procura-se um maior grau de racionalidade como fundamento de moralidade. [...] Os jogos cooperativos se caracterizam pela ações racionais dos competidores em relação aos demais de forma a realizarem um conjunto de ações coordenadas por todos destinadas a um determinado fim, bom para todos.<sup>411</sup>

O jogo assume como pauta a alusão ao consenso dos jogadores para alcançarem metas interdependentes e maximizarem os ganhos em conjuntos, isto é, optam os agentes por perder um pouco do suposto lucro, ao invés de arriscar todos os ganhos. Parafraseando a metáfora, de Ana Lúcia D`amico, significa “não colocar todos os ovos numa única cesta, colocando um pouco em cestas variadas, caso perca uma, não ficará sem nenhum ovo.”<sup>412</sup> Já Fiani exemplifica cooperação com o exemplo das pequenas “lojas que se unem em busca de menores custos e outros benefícios para poderem competir em nível igual no varejo e não serem destruídas pelas grandes redes.”<sup>413</sup>

Desta natureza cooperativa retiram-se as seguintes características, segundo Ana Cecília da Costa Silva Coelho:

Cooperação; ênfase no grupo, ação coletiva, com colaboração; coalizões e acordos não espontâneos entre os jogadores; pacto é obrigatório; compromisso com o outro; permitido comunicação entre partes, ocorrendo discussão prévia; permite que se realize o planejamento de estratégias conjuntas; maximização de *payoffs*

---

<sup>411</sup> MONTEIRO, 2006, p. 94-95.

<sup>412</sup> D`AMICO, 2008, p. 29,

<sup>413</sup> FIANI, 2006b, p. 96.

coletivos e também individuais; negociação tipo: ganha-ganha.<sup>414</sup>

Os jogadores não são necessariamente vistos como adversários, compartilham do ponto de equilíbrio e atuam de forma interdependente porque firmam previamente a comunicação e a estratégia em conjunto, visando o desfecho do jogo pelo ganho por todos os envolvidos.

Explicativo de jogo cooperativo é a parábola da caça ao cervo. Em seu Discurso sobre a Desigualdade entre os Homens, Jean-Jacques Rousseau, apresenta o tema com o seguinte esquema:

Numa caçada, os caçadores possuem duas opções: podem, individualmente, pegar uma lebre e abandonar a caça, deixando os demais com a tarefa de prosseguir sozinhos na busca por alimento. Porém, ao agirem assim, a caça se desfaz e, em uma próxima oportunidade, ninguém participará desse tipo de interação, acabando todos, no futuro, sem nada para o jantar. No entanto, alternativamente, os caçadores podem unir esforços para, juntos, caçarem um cervo. A ideia do compromisso mútuo (cooperação) resolveria o jogo.<sup>415</sup>

Embora se reconheça, devido à necessidade de assegurar a própria proteção e satisfação de seus desejos, que desde o estado de natureza Hobbesiano existe natureza instintivamente egoísta no ser humano, o homem também possui habilidades para formar uniões, desde que haja incentivo pelo sistema social. Assim, ainda que haja conflito, próprio da dinâmica do jogo, o comportamento dos participantes volta-se ao agir estratégico cooperativo ao negociarem seus interesses opostos, pois passam a convergir, e, por consequência, o resultado será uma soma não zero, o que significa não existir “ganhador e perdedor”; a interação colaborativa resulta em “ganha x ganha.”

Na matriz de ganhos dos jogos de soma não zero as combinações são diferentes de zero – maior ou menor - quando um jogador ganha, não necessariamente o outro perde e, por isso, também são jogos de

---

<sup>414</sup> COELHO, Ana Cecília da Costa Silva. **A concepção da teoria dos jogos e suas implicações teóricas para as relações internacionais**: limites e possibilidades. 2012. 94f. Dissertação (Mestrado em Direito) apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012, p. 29.

<sup>415</sup> ROUSSEAU, 1983b, p. 261.

resultados variáveis. Daí porque em jogos de soma não-zero, os jogadores podem beneficiar-se mutuamente nas ações e movimentos interdependentes e na colaboração que se mostra favorável.

Em que pese os conflitos sejam reais e opostos, o jogador, ao negociar no jogo cooperativo, garante o subtipo com resultado diferente de zero, cuja possibilidade aponta ao benefício mútuo, ou seja, não há perdas, mas vitórias para ambos os jogadores.

Discorrendo sobre as diferenças entre os tipos de jogos competitivos e cooperativos, Ana Lúcia D`amico explica que nos jogos cooperativos há interesses opostos que podem convergir e, por isso, os resultados mostram-se diferentes de zero:

Cooperação; ações do jogador I somado às ações do jogador II; ações e movimentos dos jogadores são interdependentes; para qualquer um dos jogadores ganharem, nenhum precisa perder; negociação do tipo, ganha-ganha, perde-ganha, pois não há ganhadores, nem perdedores; perder não é tão ruim assim; a comunicação explícita como implícita entre jogadores são relevantes e os jogadores podem cooperar até mesmo mantendo o silêncio.<sup>416</sup>

Neste âmbito, alerta Davis Morton que a retribuição que o jogador tem, por meio de *payoff* obtido em jogos de soma não-zero, é diferente de zero, podendo existir ganho sem perdas.<sup>417</sup>

Por último, a literatura sobre a teoria dos jogos não está completa sem a explicação do conceito de equilíbrio. Isso porque, na formulação original dos jogos não cooperativos, a obtenção do melhor resultado por um competidor implica na derrota do seu oponente, resultando numa soma zero.

Entretanto, tal ideia foi aperfeiçoada por John Nash, acrescentando que é possível aos jogadores obterem ambos a vitória, sem que para tanto haja anulação das pretensões, desde que ocorra a prática cooperativa. Logo, “a não cooperação entre os agentes leva ao resultado pior individualmente do que se houvesse a cooperação, isto é, a estratégia dominante é prejudicial”.<sup>418</sup> Em que pese projetado para jogos não cooperativos, o Equilíbrio de Nash também poderá ser otimizado, se aplicado em jogos cooperativos ou com lucro mútuo.

---

<sup>416</sup> D`AMICO, 2008, p. 60.

<sup>417</sup> Acompanha: DAVIS, 1973.

<sup>418</sup> ROSA, 2014, p. 32.

Especificamente, o Equilíbrio de Nash significa a melhor escolha que o jogador faz em função do que seus oponentes estão fazendo, e vice versa, sendo que os agentes decidem em função das características dos outros jogadores. Em complemento, para Ronaldo Fiani o equilíbrio encontra-se num jogo em que a “estratégia escolhida por um jogador é a melhor frente à eleita pelos outros jogadores e, também, a estratégia adotada pelos demais é a melhor frente à estratégia adotada pelo primeiro”.<sup>419</sup>

Silvia Nasar, autora da obra biográfica de Nash, explica o que se pretende com o conceito de equilíbrio:

Nash definiu o equilíbrio como uma situação em que nenhum jogador poderia melhorar sua posição escolhendo uma estratégia alternativa disponível, sem que isso implique que a melhor escolha feita particularmente por cada pessoa levará a um resultado ótimo. Ele provou que, para uma determinada categoria muito ampla de jogos com qualquer número de jogadores, existe pelo menos um ponto de equilíbrio – desde que sejam permitidas estratégias mistas. Mas alguns jogos têm muitos pontos de equilíbrio e, outros, aqueles relativamente raros não se enquadram na categoria que ele definiu, talvez não tenham nenhum.<sup>420</sup>

Com o equilíbrio é possível aumentar o ganho mesmo que de forma unilateral, já que a busca individual em determinadas situações leva a um resultado estável, não havendo incentivo para que nenhum dos jogadores altere seu comportamento.

Portanto, da análise das espécies de jogos competitivos e cooperativos e seus respectivos resultados de soma zero e diferente de zero, entende-se que o indivíduo apresenta comportamentos que se alternam entre o egoísmo e o altruísmo, a depender de cada situação e, ainda, da existência ou não de incentivos baseados nas recompensas ou punições para agir de modo cooperativo ou competitivo.

A partir das espécies de jogos apresentadas, no próximo Capítulo, verificar-se-á a possibilidade da aplicação da teoria dos jogos no Direito, em especial, no acesso à justiça, com ênfase no modelo cooperativo para fins de negociação de interesses recíprocos a serem distribuídos aos sujeitos de direitos em visão para além da estrita apreciação judicial.

---

<sup>419</sup> FIANI, 2006b, p. 97.

<sup>420</sup> NASAR, 2002, p. 122.



#### **4 ACESSO À JUSTIÇA: DO MODELO COMPETITIVO DE ESTABILIZAÇÃO DOS CONFLITOS À ESTRATÉGIA COOPERATIVA**

No primeiro Capítulo apresentou-se o tema acesso à justiça, conceituando-o de modo distante do pseudo - paradigma cultural de acesso ao Poder Judiciário e a respectiva tutela processual para defender o seu possível enquadramento do acesso à justiça em mecanismos outros de estabilização dos conflitos, a fim de torná-lo mais exequível, segundo a lógica binária do “ganhador x ganhador” presente, por exemplo, na mediação.

Em complemento, no segundo Capítulo, definiu-se a metodologia da AED pelo instrumento Microeconômico da teoria dos jogos a ser empregada como fonte de compreensão sobre o comportamento estratégico dos litigantes e para auxiliar o acesso à justiça a tornar-se mais ajustável ao modelo cooperativo de estabilização dos conflitos.

Agora, no terceiro Capítulo, são apresentados os motivos para redimensionar o acesso à justiça no seu aporte teórico, fundado na ideia de tutela dos interesses violados, incluindo estratégias e instrumentos que não envolvam unicamente o acionamento ao Poder Judiciário. Para isso, na primeira Seção deste Capítulo, destaca-se que o monopólio jurisdicional está ficando cada vez mais sobrecarregado, sobretudo, com o crescente fenômeno da judicialização das demandas e a categorização em litigâncias abusivas, quais sejam: as frívolas e habituais, que ocasionam crises no Sistema Judiciário Brasileiro, notadamente, as de litigiosidade e morosidade.

Por consequência, a partir do enquadramento da justiça como recurso público, demonstram-se os altos custos de transação para negociar sob a égide do Poder Judiciário, razão pela qual o cenário jurídico Brasileiro somatiza numa “tragédia” de superexploração pelos usuários do sistema.

Assim, após examinar a necessidade em ressignificar o tema do acesso à justiça, discute-se a problemática da dissertação nos seguintes termos: qual o caminho para tornar o acesso à justiça mais exequível? Ou, por outras palavras, o acesso à justiça pode tornar-se mais exequível com a redução da forma competitiva do Processo Civil para outro modelo que inclua uma estratégia cooperativa, desenvolvida pela mediação entre as partes?

Como resposta, na segunda Seção deste Capítulo, a “dependência” dos litigantes ao Poder Judiciário é substituída por um acesso à justiça fruto de outro enfoque, dito justiça coexistencial ou

conciliatória, perfectibilizada nos métodos alternativos, dentre eles: o da mediação, que transforma o paradigma vigente polarizado entre “ganhador x perdedor” em ambos participantes ganhadores.

Especificamente, no tópico seguinte, a teoria dos jogos é aplicada ao Direito com a função de descrevê-lo como é; baseado no jogo competitivo do Processo Civil que conduz ao agir não cooperativo entre as partes e, ainda, para subsidiar outra forma de como poderia ser; instrumentalizada na mediação que colabora com a estratégia cooperativa entre os participantes.

Assim, busca-se “ver” em quais situações o agir estratégico dos litigantes é induzido à competição ou ao comportamento cooperativo, já que as partes, por não se mostrarem como agentes neutros participarão como competidoras ou cooperadoras, conforme o modelo de jogo de estabilização das controvérsias que lhes seja ofertado pelo sistema de solução de conflitos.

Além disso, o tópico também aborda as técnicas de mediação e suas diferenças com o tratamento conciliatório e da arbitragem, buscando demonstrar porquê a mediação melhor amolda-se ao estudo do comportamento estratégico pela teoria dos jogos, como forma de estabilização dos conflitos, capaz de tornar o acesso à justiça mais exequível.

Por último, são estudadas as medidas de incentivos à estratégia cooperativa desenvolvida pela Política Judiciária Brasileira, consubstanciada na Resolução 125 do CNJ e nos instrumentos do Novo Código de Processo Civil (NCPC).<sup>421</sup>

Dessa forma, o melhoramento do acesso à justiça perpassa pela inclusão de outros meios de tratamento dos conflitos, especialmente pela mediação que abre espaço à estratégia baseada na cooperação com vistas à maximização dos ganhos coletivos e à minimização das perdas individuais.

#### 4.1 A CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO DAS DEMANDAS

A conjugação entre o “meu e o “teu” que resulta no “nosso” conflito mantém os litigantes unidos à espera de um terceiro acima deles para solucionar o embate do caso concreto. Trata-se do mito, como bem descreve José Renato Nalini, em torno da figura do terceiro, reconhecido

---

<sup>421</sup> BRASIL. Lei 13.105 de 16 março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 25 out.2015..

como juiz, uma vez que este representa o ponto “heroico” da “suprema soberania estatal.”<sup>422</sup>

A delegação da responsabilidade, quanto à gestão dos conflitos ao magistrado, trouxe consigo a inércia das partes em resolver privadamente ou consensualmente suas demandas e, ainda, a ideia de que somente os tribunais possuem o monopólio legítimo da decisão vinculante. Por isso, cada vez mais as sociedades contemporâneas, aspiradas pela semântica da justiça, buscam respostas do Poder Judiciário para o tratamento das suas contendas.

Sucedo, todavia, que a estrutura monopolista do Sistema de Jurisdição não está preparada para atender, a tempo e a hora, a crescente litigiosidade, tampouco detém estrutura para salvaguardar todo e qualquer embate que lhe é apresentado, conforme adverte José Renato Nalini, em entrevista à Maurício Cardoso, Lilian Matsuura e Felipe Luchete:

[...] é um exagero. Embora os interessados não achem, isso é patologia. Uma sociedade que precisa da Justiça para todo e qualquer problema é uma sociedade que está doente. No mínimo, ela sofre de infantilidade, de uma síndrome de tutela permanente [...]. Uma pessoa puerilizada, que fica esperando o Estado-juiz resolver os seus problemas, que não consegue resolver nem as coisas minúsculas, pequenas, corriqueiras, ela nunca vai conseguir participar da gestão da coisa pública [...]. Não se pode fazer desse país um enorme tribunal, com um juiz em cada esquina e com aquela estrutura pesada, porque ao lado do juiz tem que ter funcionários, promotor que também tem funcionários, defensor público,

---

<sup>422</sup> Egresso da formação jurídica tradicional, dogmática e arcaica, não raro o Bacharel em Direito é formado com proclamações que apontam o juiz como verdadeiro mito, pois “no mundo das incertezas e das vicissitudes, a figura do juiz representaria a última trincheira. Quando tudo o mais o falhasse, haveria um juiz para permitir aos injustiçados repetir – ainda há juizes em Berlim [...]” E, porque juiz como mito? “[...] Entre todos os fenômenos da cultura humana, o mito é um dos mais refratários a uma análise meramente lógica [...]” e, ainda: “o mito está profundamente arraigado na natureza humana e se baseia num instituto fundamental e irresistível, pois também sempre tem um *fundamentum in re*, sempre se refere a certa realidade”. NALINI, José Renato. **A rebelião de toda**. Campinas: Millennium, 2008, p. 97-98.

procurador e aquela legião de profissões jurídicas.<sup>423</sup>

Essa “doença” a que José Renato Nalini chama atenção, acomete diferentes partes do mundo, em épocas diversas, tendo em vista que as supremas cortes passam a figurar como protagonistas de decisões envolvendo questões de cunho político e implementação de políticas públicas.

De fato, a mutação histórica ocorrida após a 2ª Guerra Mundial, no campo Direito, desde o modelo jurisprudencial, passando pelo Legislativo, até chegar, atualmente, na matriz epistemológica do constitucionalismo contemporâneo, colocou em xeque, não apenas o paradigma até então vigente do (*paleo*) positivismo Kelsiano, mas também a própria noção de democracia formal, acrescentando-lhe a dimensão substancial da esfera do indecidível.

Com isso, resulta-se, na maior parte dos Países ocidentais, o avanço da justiça constitucional sobre as “garantias primárias positivas”,<sup>424</sup> omitidas pelos poderes encarregados democraticamente, quais sejam: Legislativo e Executivo.

Assim, diante da prática dos novos direitos, e temas até recentemente pouco analisáveis pelo ordenamento jurídico, a organização social invade a seara jurídica e atribui a esta a responsabilidade pela consolidação da segunda dimensão positiva dos direitos sociais. Explicando esta transposição histórica, entre a inércia liberal do Estado para a noção social, a qual determina ao Poder Judiciário a postura proativa encontrada na *longa manus* dos juízes, Virgílio Afonso da Silva aponta que:

No âmbito jurídico, a comunhão de alguns fatores faz com que a situação fique ainda mais complexa, sobretudo após a promulgação da constituição de 1988. Essa complexidade é decorrência das seguintes variáveis: de um lado, as políticas públicas implementadas pelos

---

<sup>423</sup> CARDOSO, Maurício; MATSUURA, Lilian; LUCHETE, Felipe. **Sociedade deve escolher se resolve seus litígios ou paga para a Justiça resolvê-los.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-11/entrevista-jose-renato-nalini-presidente-tj-sp>>. Acesso em: 12 out. 2015.

<sup>424</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político.** Tradução de Alexandrer Araujo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 203.

governos nunca foi suficiente para satisfazer a imensa demanda de uma população carente de serviços em quantidade e qualidade aceitáveis; de outro lado, a atual constituição ampliou ainda mais o processo de constitucionalização de temas que já foram vistos como reservados ao campo da política, como a regulação do salário mínimo, a fixação de taxas de juros e a garantia de direitos à saúde, à educação, ao trabalho e à moradia. A partir desse pano de fundo, o papel do direito é constantemente colocado à prova, visto que, na tradição liberal, a implementação de políticas públicas nunca foi matéria afeita aos profissionais do direito. A consequência dessa constatação pode ser percebida quando se analisam decisões judiciais e trabalhos jurídico-doutrinários. O que geralmente ocorre é a simples transposição de uma racionalidade da tradição liberal, baseada quase que exclusivamente em relações bilaterais - normalmente entre um credor e um devedor - para a área dos direitos sociais.<sup>425</sup>

Por conseguinte, as consequências desta transformação e o atual panorama judicial colaboram para a formação de um Estado impossibilitado de oferecer soluções instrumentais e democráticas, porquanto palco de produção de leis. Dessa forma, conota-se que o processo de constitucionalização aumenta de maneira significativa à procura por justiça, primeiramente, porque há a redescoberta da cidadania e a conscientização dos indivíduos em relação aos próprios direitos e, em segundo, pela criação das novas dimensões de direitos.

Em decorrência principalmente do desenvolvimento da sociedade cada vez mais complexa, a organização do Estado na contemporaneidade passa por transformações que determinam ao Poder Judiciário a função não somente de estabilização dos conflitos e interpretação das normas jurídicas, mas também de integração, no caso concreto, ao sentido dessas normas, como forma de adaptar as políticas públicas determinadas pelo Estado aos comandos constitucionais.

---

<sup>425</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-588.

Em razão disso, Luiz Werneck Vianna ressalta a criação progressiva de nova “arena pública” em torno do Poder Judiciário, “externa ao circuito clássico sociedade civil – partidos - representação - formação da vontade majoritária, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular.”<sup>426</sup>

Especificamente, no contexto Brasileiro, a garantia do livre acesso ao Poder Judiciário, prevista no art. 5º XXXV da CRFB, impõe ao Órgão assumir papéis inesperados como o vetor de mudança social e política, pormenorizadamente para atender ao crescente fenômeno da judicialização das demandas que aproxima os campos entre a Política e o Direito. Neste sentido:

judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.<sup>427</sup>

O autor Rafael Tomaz de Oliveira também destaca sobre o tema da judicialização:

[...] ora, a judicialização da política representa um conjunto de coisas sob as quais o Judiciário, simplesmente, não possui controle [...]. São fatores preexistentes em relação à sua atividade e atuação. São, na verdade, *razões de ordem político-sociais* que podem ser pensadas de diversas maneiras. A aglutinação cada vez maior de matérias judicializadas, deve-se, por exemplo,

---

<sup>426</sup> VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 22-23.

<sup>427</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito de Estado**, São Paulo, v. 13, p. 71-91, dez. 2009, p. 73.

ao aumento da litigiosidade e de uma peculiaridade que pode ser observada, em maior ou menor medida, nos mais diversos países, das mais diversas origens (da Alemanha aos países do leste europeu).<sup>428</sup> (grifo no original).

Causada pelo pós-positivismo que impôs a força normativa da Constituição e a máxima efetividade dos direitos fundamentais, a judicialização dos conflitos políticos ou politização do sistema judiciário pode ser entendida, pelo viés pragmático, como o fenômeno de “publicização da esfera privada”.<sup>429</sup> Tal fenômeno se dá com o aumento das demandas e matérias, especialmente de cunho político, levadas ao centro da estrutura dos Tribunais, impondo, conseqüentemente, nova perspectiva de atuação do magistrado frente a gama de temas a princípios não tratados pelo Direito.

O autor Ran Hirschl, o qual adota o termo “juristocracia”<sup>430</sup> para identificar o movimento de judicialização da política, afirma que o fenômeno ocorreu, em mais de oitenta países e em várias entidades supranacionais, como consequência do surgimento de novos textos constitucionais que engendraram outra espécie de constitucionalismo. E, sendo marcado preponderantemente pela afirmação dos direitos fundamentais, por recente concepção de democracia, e pela transferência de uma parcela significativa de poder das instituições representativas ao Judiciário.

A judicialização de todo e qualquer litígio implica no deslocamento do polo de decisão de questões que tradicionalmente cabiam aos poderes Legislativo e Executivo para o âmbito do Poder Judiciário. Assim, a democracia contemporânea expande os horizontes dos Tribunais conferindo-lhes outras atribuições institucionais, sobretudo o julgamento de novas matérias.

Portanto, a emancipação das Constituições, a reestruturação do Estado e a declaração das dimensões dos novos direitos criam a nova relação entre os Poderes dentre os quais o Poder Judiciário deixa de ser inerte às transformações sociais. Logo, a judicialização representa o

---

<sup>428</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>. Acesso em: 12 out. 2015.

<sup>429</sup> VIANNA, 1999, p. 15.

<sup>430</sup> HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 251, p. 139-175, maio/ago. 2009, p. 140.

fenômeno social externo que independe da vontade dos juízes, porquanto significa a transformação cultural dos regimes democráticos.

Seguindo o entendimento de Luís Roberto Barroso, a crescente judicialização das demandas tem múltiplos fatores de ordem internacional e nacional, especialmente três causas. A primeira, a redemocratização do País, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988, haja vista que o “Poder Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes.”<sup>431</sup> O segundo fator é a chamada abrangência constitucional política no Direito, já que a Constituição Federal trouxe inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária, pois a questão “seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial.”<sup>432</sup> A última causa é o Sistema Brasileiro de controle de constitucionalidade que abrange o sistema híbrido do modelo concentrado e do difuso, os quais ampliam o “espectro de legitimados para ações de natureza constitucional, ou seja, qualquer questão política ou moralmente relevante poder ser alçada ao Supremo Tribunal Federal (STF).”<sup>433</sup>

Sintetizando as causas da judicialização, o autor Ran Hirschl também apresenta três categorias para sua ocorrência: a) expansão do discurso legal, jargões, regras e procedimentos para a esfera política; b) controle de constitucionalidade ou revisões dos atos administrativos; c) transferência às cortes de questões de natureza política e de grande importância para a sociedade, incluindo questões sobre a legitimidade do regime político.<sup>434</sup>

Independente da sua origem e causas, a particularidade da judicialização corrobora com a difusão do mito social que tende a perceber no juiz “a constelação de representações que gravitam à sua volta, conferindo à democracia as imagens capazes de dar forma a uma nova ética da deliberação coletiva”<sup>435</sup>, ou seja, entendem que o Poder

---

<sup>431</sup> BARROSO, 2009, p. 73.

<sup>432</sup> BARROSO, loc. cit.

<sup>433</sup> Ibid., p.74.

<sup>434</sup> Nesse sentido: HIRSCHL, 2009, p. 142.

<sup>435</sup> GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**. Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 42.



Judiciário é o local legítimo para se discutir questões que antes eram debatidas no âmbito político do Legislativo e Executivo.

No entanto, a tendência da judicialização soma a consequência previsível do “envio de mensagens”<sup>436</sup> ao público no que concerne à forma pela qual continuarão a tomar decisões estratégicas quanto ao tratamento dos seus conflitos, isto é, referentes à busca incessante pelo pronunciamento dos Tribunais e não pela opção de outro meio de estabilização dos litígios.

Em sentido oposto, comprometendo as bases do Estado Democrático de Direito, o gênero da interdisciplinaridade entre Direito e Política apresenta outro fenômeno de causas próximas da judicialização, denominado ativismo judicial. Os institutos compreendem o elemento político no interior da linguagem jurídica os quais, embora sejam correlatos, não se confundem, como ensina Barroso:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de

---

<sup>436</sup> Marc Galanter informa que os tribunais não apenas pronunciam decisões, mas também expedem mensagens. Estas mensagens são úteis tanto para que os cidadãos possam tomar consciência dos seus direitos; possam formular demandas; iniciar negociações; fazer valer suas pretensões ou mesmo se abster de impetrar uma ação ou resistir e rejeitar a pretensão do adversário. De uma perspectiva utilitarista, os cidadãos poderiam, assim, ter um julgamento sobre a oportunidade de um processo judicial e com conhecimento de causa optar por outro meio de resolução dos conflitos. GALANTER, Marc. A justiça não se encontra apenas nos tribunais. In: HESPANHA, Antônio Manuel (Org.). **Justiça e litigiosidade: histórica e prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 163.

interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.<sup>437</sup>

A consequência da excessiva judicialização pode conduzir ao aumento das decisões ativistas, porém, ainda que as manifestações de demandas politizadas não se instaurem, pode-se ter o ativismo judicial. Isso porque, ao contrário da judicialização, o ativismo ocorre no momento em que a política deixa de ser considerada o ponto de vista “externo” ao Direito e passa a ser a mola propulsora para o argumento corretivo da hermenêutica constitucional ou naquilo a que Lenio Luiz Streck atribui de “predador externo da autonomia do direito.”<sup>438</sup>

Inverso à judicialização, que se compõe do problema a ser “freado” com medidas destinadas ao uso racional dos serviços jurisdicionais, o ativismo, figura típica do estado de exceção, é questão a ser combatida pela hermenêutica.

Portanto, compreendida as diferenças entre os dois fenômenos, conclui-se que a judicialização, se não tratada adequadamente, causa a inoperância da máquina judiciária frente à crescente demanda, ao passo que o ativismo, sob as vestes da valoração subjetiva e criativa dos juízes, corrói os elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito, correspondentes à separação dos poderes e a sujeição de todos somente a lei.

Neste âmbito, enfatiza Rafael Tomaz de Oliveira que no tocante a judicialização esta não “representa mal em si; podendo, quando muito, tornar-se inconveniente, mas que se mostra indispensável na concretização da cidadania contemporânea, na defesa das relações de consumo, preservação do meio ambiente e questões envolvendo direitos

<sup>437</sup> BARROSO, p. 75.

<sup>438</sup> Para Lenio Streck, o Direito possui autonomia que tende a ser usurpada por dois tipos de predadores: externos e internos. Como exemplos de predadores externos ele aponta a política e a moral. Segundo o autor: “a autonomia do direito não pode implicar na indeterminabilidade desse mesmo direito construído democraticamente. Se assim se pensar, a autonomia será substituída – e esse perigo ronda a democracia a todo o tempo – exatamente por aquilo que a gerou: o pragmatismo político nos seus mais diversos aspectos, que vem colocando historicamente o direito em permanente “estado de exceção”, o que, ao fim e ao cabo, representa o próprio declínio do “império do direito” (alguém tem dúvida de que esta questão é retroalimentada permanentemente nos países de modernidade tardia como o Brasil)?” STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 370.

sociais”<sup>439</sup>, ou seja, temas que merecem ser discutidos judicialmente, na medida em que, aquilo que foi projetado pela Constituição e pelas leis, apresentarem-se na forma de descumprimento.

Portanto, o excesso no fenômeno da judicialização, especialmente pela litigância em suas espécies abusivas; frívolas e habituais, é que aumenta o número de processos e a manutenção das crises de litigiosidade e morosidade na prestação jurisdicional, porquanto não há filtro social que distinga a cultura do conflito *versus* cultura da litigância.

#### **4.1.1 Distinção entre cultura do conflito *versus* cultura da litigância**

A característica intrínseca ao conflito consiste na ideia de que a sociedade é heterogênea, razão pela qual os embates persistem nos arranjos estruturantes da natureza humana e não podem ser eliminados juridicamente em definitivo.

O conflito é ensaio paradoxal que está destinado a resolver dualismos divergentes e angariar algum “tipo de unidade, ainda que por meio da aniquilação de uma das partes”<sup>440</sup>, mas não reflete a conotação negativa, podendo obter tratamento provisório.

Discorrendo sobre o tema, Fabiana Marion Spengler argumenta que os conflitos representam um dos “métodos de interação social e não simbolizam sinais de instabilidade ou rompimento, porque o tecido das relações humanas forma o jogo de dissensões necessárias ao equilíbrio estrutural das inovações.”<sup>441</sup> Logo, o conflito mantém a coesão social do grupo e, com maior frequência, une os integrantes ao sistema cultural, mais que a própria ordem coercitiva.

Partindo desse pressuposto, malgrado o sentido empregado à palavra “cultural” pela antropologia, utiliza-se o conceito abordado por Alfred Kroeber e Cyde Kluckhohn, “consistente em padrões, explícitos ou implícitos, para comportamentos adquiridos e transmitidos por meio de símbolos de ação ou como elemento condicionante dela na realização distintiva dos grupos humanos” [tradução nossa].<sup>442</sup>

---

<sup>439</sup> OLIVEIRA, 2015.

<sup>440</sup> SIMMEL, Georg. 1983, p. 122.

<sup>441</sup> SPENGLER, 2007, p. 273.

<sup>442</sup> Original: “consistent standards, express or implied, for behavior acquired and transmitted by means of action symbols or as a conditioning element of it in distinctive achievement of human groups.” Kroeber, Alfred; KLUCKHOHN,

Logo, aplicando-se o mencionado sentido de cultura ao objeto conflito tem-se que esta representa o conjunto de normas e instituições específicas de uma sociedade acerca das práticas demandistas, consoante define Humberto Lima de Lucena Filho:

O conjunto de regras – especialmente as de índole processual – referentes ao manuseio dos conflitos na esfera jurídica, em harmonia com institutos psicológicos e sociais, integra uma arena própria no âmbito cultural, que reconhece seus mecanismos peculiares na condução do fenômeno do dissenso, imanente às relações humanas. A exata acepção de cultura, portanto, não envolve um conjunto de hábitos repetidos dotados de um tom negativo. Pelo contrário. Traduz uma ideia de sociologia judiciária ou, ainda, como determinada sociedade enxerga o papel do conflito, tal quais os respectivos meios de tratamento. Seu estudo e difusão devem ser estimulados por representarem parcela de identidade cultura de um povo e vetor de interpretação e conhecimento da evolução de condutas e percepções da realidade. Afora essas razões, a cultura do conflito fornece lastro teórico para o preparo adequado de magistrados, mediadores, sujeitos em litígio, conciliadores ou quaisquer agentes (neutros ou não) inseridos num contexto de controvérsia.<sup>443</sup>

Tendo em vista que o conflito seja naturalmente cultural; é importante para a formação do ator jurídico que se tenha desmitificada a ideia de encerramento duradouro dos embates e inculcida a noção do uso desproporcional do direito de ação como parte integrante de outro tipo de cultura; a da litigância.

Desse modo, compreender que a simbologia da sociedade se mostra inerente à cultura do conflito corrobora com a suavização da lógica competitiva do ganhador x perdedor, na medida em que o condutor do conflito, seja ele terceiro acima das partes, como por exemplo, juiz ou árbitro, ou entre as partes, como por exemplo, o mediador, passa a ter consciência da dialética pacificadora.

---

Cyde. **Culture**: a critical review of concepts and definitions. Cambridge. Mass.: Harvard University, 1952, p. 357.

<sup>443</sup> LUCENA FILHO, 2012, p. 44.

Situação diversa do conflito é a litigância, e, por consequência a cultura da litigiosidade ou “demandista” que subjaz a expressão “vou processar você”, proferida às vezes de forma “eufemística, como busca de direitos, outras, em tom ameaçador, revelando o modo de agir fomentado pela dificuldade em lidar com os problemas de forma racional, propositiva e consensual.”<sup>444</sup>

A litigância significa, na concepção de Rodolfo de Camargo Mancuso, a “dificuldade de compreensão de tantas normas e a deficiência no conhecimento do seu conteúdo por parte da população que induz a uma baixa efetividade desses comandos normativos e a decorrente violação lógica dos seus enunciados.”<sup>445</sup>

De outro vértice, sob o ponto de vista da AED, a litigância resume-se no jogo, cuja solução é afetada pelas estratégias, informações das partes envolvidas, regras e consequências econômicas que utilizam o critério do valor esperado. Dessa forma, a litigância “orienta-se por critérios de racionalidade do custo e benefício”<sup>446</sup>, em levar a demanda ao Tribunal. De modo mais detalhado, os autores Robert Cooter e Daniel Rubinfeld estabelecem a cronologia da formação da litigância pelo: “1) ocorrência de um evento danoso; 2) decisão de iniciar ou não a disputa; 3) o estabelecimento de um jogo de barganha (*bargaining game*) entre as partes; 4) o julgamento da disputa.”<sup>447</sup> Obedece, portanto, em linhas gerais, a três estágios como: a) ajuizamento; b) acordo; c) julgamento, sendo que cada indivíduo decide segundo a análise das probabilidades x possíveis resultados negativos ou positivos.

Portanto, a litigância está relacionada ao caminho percorrido pelo processo judicial, desde a ocorrência do fato danoso até a resolução da questão. O problema vê-se, portanto, não está na litigância que representa a busca dos cidadãos pelos seus direitos, mas sim na explosão

<sup>444</sup> Ibid, p. 55.

<sup>445</sup> MANCUSO, 2009, p. 44-46.

<sup>446</sup> PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise Económica da Litigância**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 13.

<sup>447</sup> Original: “1 ) the occurrence of a harmful event (the number of lawsuits will increase ( decrease ) if events such as accidents, covenant breaches , property invasions occur more (less ) frequently ) ; 2 ) decision to start or not the dispute ; 3 ) the establishment of a bargaining game ( bargaining game) between the parties; 4) the judgment of the dispute”. COOTER, Robert D.; RUBINFELD, Daniel L. Economic analysis of legal disputes and their resolution. **Journal of Economic Literature**, Pittsburgh: American Economic Association, v. 27, n. 3, p. 1067-1097, set. 1989. p. 1069. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2726775>>. Acesso em: 12 out. 2015.

da cultura de litigância. Nesse sentido, Carlos Alberto Salles descreve que:

A cultura da litigância refere a distorção da tipologia supra retratada. Repercuta uma anormalidade funcional do conflito, de forma que a ideia geral inserida no (in) consciente coletivo é a de que todo e qualquer conflito necessita ser judicializado e ser resolvido sob a forma adjudicada, dotada de força imperativa e coercitiva, fundada na lógica vencedor – perdedor.<sup>448</sup>

E, a partir deste tipo de cultura, Humberto Lima de Lucena Filho aponta as consequências:

É nela que se encontra a resistência em se implementar uma práxis pacificadora, dada sua repercussão não somente nos meandros dos cidadãos jurisdicionados, mas também na proliferação da necessidade de imposição de uma decisão (ainda que não seja a mais adequada sob o aspecto da justiça composição do conflito) judicial. A significação prática disso é que a alimentação de tendências judicializadoras de disputas não é fruto de um pseudosentimento de cidadania provocada [...] por uma exegese do conceito de acesso à justiça destoado da mensagem constitucional acerca do tratamento dos conflitos.<sup>449</sup>

Pelo excesso de demandas, a cultura da litigância banaliza o conflito, conecta-se ao fenômeno da judicialização da política e acarreta a crença agigantada nos pronunciamentos jurisdicionais como praticamente os únicos meios de tratamentos às situações de interesses contrapostos.

Embora seja inegável que a “justiça não habita somente os tribunais”<sup>450</sup>, existe atualmente o crescimento da cultura da litigância, ratificada pelo mito do acesso à justiça, como sinônimo de Poder Judiciário, provocador do alastramento das novas categorias de litigâncias abusivas, ditas frívolas e habituais.

---

<sup>448</sup> SALLES, 2006, p. 786.

<sup>449</sup> LUCENA FILHO, 2012, p. 44.

<sup>450</sup> GALANTER, 1993, p. 59.

#### 4.1.2 As litigâncias abusivas: frívolas e habituais

A judicialização da política, por se enquadrar como fenômeno externo ao Poder Judiciário, encontra na cultura da litigância, elemento também exterior ao Órgão, a mola propulsora para o ajuizamento das ações judiciais. Dessa forma, enquanto a cultura do conflito das sociedades democráticas e plurais é inerente às diferenças multiculturais derivadas de sua própria formação e incrementadas pela realidade contemporânea da globalização, a cultura da litigância ou litigiosidade é o modo inadequado e abusivo de sempre submeter às questões conflituosas ao albergue do Poder Judiciário e crer-se artificialmente que isto traduz acesso à justiça.<sup>451</sup>

Disso decorre que a não distinção dessas formas culturais pelos atores jurídicos e, principalmente, pelos usuários do sistema, contribui sobremaneira para o cenário de ineficiência do Poder Judiciário, especialmente no que diz respeito ao critério quantitativo e qualitativo na prestação jurisdicional.

Neste âmbito, o Poder judiciário não consegue ofertar respostas em tempo razoável às ações judiciais que adentram velozmente às suas estruturas, pois o Órgão é financeiro e humanamente limitado. Assim, é preciso reconhecer que a distribuição dos custos, analisados estrategicamente pelos litigantes, tem influenciado na utilização excessiva dos serviços do Judiciário, haja vista existir verdadeira “pandemia” das litigâncias frívolas ou inconsequentes e das litigâncias habituais ou de massa visíveis na propositura de parcela das ações judiciais. Corroborando a ideia, Fabio Teneblat discorre que:

Percentual significativo da abusividade na utilização da via judicial no Brasil decorre da esperada racionalidade dos agentes econômicos, já que os custos suportados individualmente pelos litigantes são, na maioria das vezes, irrisórios ou, mesmo, inexistentes em decorrência da gratuidade processual. Por conseguintes, qualquer expectativa de ganho (chance de sucesso), por mínima que seja, faz com que um agente de

---

<sup>451</sup> Nesse sentido, acompanha: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades; BAGGIO, Moacir Camargo. Jurisdição: da litigiosidade à mediação. **Revista Direitos Culturais**, v.3. n.5. p. 113-126, dez. 2008, p.113.

comportamento racional opte pela propositura de uma ação judicial.<sup>452</sup>

Ora, se o homem apresenta comportamento racional e individualista em que busca maximizar os ganhos e evitar as perdas, a inexistência de mecanismos processuais para “conter” a frivolidade incentiva o exercício da conduta abusiva, manifestada, hodiernamente, pela consequente judicialização de toda e qualquer espécie de demanda, isto é, na cultura da litigância abusiva. Por isso, tudo deve ser levado em consideração, desde quanto o autor da ação está disposto a receber, quanto o réu da ação está disposto a pagar, até mesmo o preço da intervenção no litígio, razão pela qual, os custos da transação judicial e a necessidade de se discutir o limite da proibição da análise custo-benefício precisam ser abordados no jogo processual, como forma de enfrentar os problemas das litigâncias abusivas.<sup>453</sup>

No tocante a litigância frívola, esta significa o ajuizamento de ações com baixa probabilidade de êxito ou custo negativo, isto é, com “custo processual superior aos benefícios que possam ser alcançados pelo proponente ou, nos casos em que, mesmo que o custo não seja negativo, impõem ao erário dispêndio desarrazoado.”<sup>454</sup>

A frivolidade se manifesta nos casos em que o litigante pondera os custos e os benefícios processuais e conclui que aqueles são tão baixos que se possa esperar serem inferiores ao valor consagrado com o julgamento. Na ponderação do custo e benefício do sujeito econômico, o “*improbis litigator*”<sup>455</sup> leva a questão ao Tribunal porque raciocina que o valor a ser auferido é superior aos custos demandados, razão pela qual nada o impede de processar ou manter o processo, até porque não há mecanismo de limitação de tais condutas pelo Sistema Jurídico.

Sob o entendimento de Patrício, a litigância frívola advém das expectativas positivas ou negativas em relação ao julgamento e estão proporcionalmente intrínsecas à legitimidade do direito de ação, configurando-se pela relação “NEVS (negative expected value suit)”, embora ressalte que o abuso também pode decorrer do PVES (positive expected value suit)”<sup>456</sup>.

---

<sup>452</sup> TENENBLAT, 2011, p. 24.

<sup>453</sup> Nesse sentido: ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 71-72.

<sup>454</sup> MARCELLINO JUNIOR, 2014, p. 265.

<sup>455</sup> Expressão de: PATRÍCIO, 2005, p. 64.

<sup>456</sup> PATRÍCIO, 2005, p. 64.



Logo, o incentivo ao agir frivolamente advém da negatividade no valor esperado dos custos ou dos casos em que há prejuízo econômico, mas o agente recebe ao final o montante superior aos custos presumidos. Assim, trabalhando com o termo “litigância inconsequente”, Fábio Tenenblat aponta que os “baixos custos de litigar e a inexistência de despesas em casos de sucumbência (risco = zero) contribuem para o aumento do número de ações judiciais frívolas.”<sup>457</sup>

Portanto, a abusividade das litigâncias frívolas se revela pelo agir estratégico, calculado quanto ao custo e o benefício em demandar, distorcendo os objetivos processuais e incitando a inoperância da máquina judiciária.

Também de forma abusiva, mostram-se as litigâncias habituais que se referem às ações em massa, ou seja, àquelas demandas repetitivas em que, normalmente, figuram como partes grandes conglomerados econômicos. Não rara às vezes, presenciaram-se no âmago do Poder Judiciário, litigantes envolvidos como autores ou réus em ações de objetos repetitivos, como por exemplo, as de natureza consumeristas, operadoras de telefonia, instituições bancárias, incorporadoras, entre outras, e ainda, a figura do Poder Público em seus diferentes níveis da União, Estados e Municípios.

O exercício das ações de objeto repetitivo pelos demandantes habituais acarreta as seguintes vantagens:

- a) maior experiência com o Direito, que lhes possibilita melhor planejamento de cada litígio e do conjunto de litígios em que eles estão ou estarão envolvidos; b) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos (o que significa que, para cada um deles, ser-lhe-á menos oneroso atuar em Juízo; por exemplo, em se tratando das mesmas lesões eventualmente cometidas contra um número expressivo de empregados, suas defesas e seus meios de prova serão sempre iguais, padronizados ou ao menos semelhantes); c) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora (que, embora não sejam capazes de influenciar o conteúdo de suas decisões imparciais, não deixam de constituir uma vantagem adicional, ao menos para lhe permitir saber qual a melhor maneira de

---

<sup>457</sup> TENENBLAT, 2011, p. 31.

se conduzir ao longo dos feitos e de se argumentar da forma mais persuasiva possível, em função de seu conhecimento das posições de cada julgador, já manifestadas em casos similares); d) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos (o que por sua vez vai diminuir o peso de cada derrota, que será eventualmente compensado por algumas vitórias); e) ele pode testar estratégias diferentes com determinados casos (de natureza material ou processual), de modo a criar precedentes favoráveis em pelo menos alguns deles e a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.<sup>458</sup>

Neste aspecto, resta claro que o litigante habitual é fomentado por uma série de filtros estratégicos na manutenção das demandas, de modo que não se confundem com litigantes eventuais que ingressam em juízo por meio de advogados autônomos, não vinculados necessariamente a uma visão comercial ou empresarial.<sup>459</sup>

A litigância habitual é fruto da percepção econômica do benefício que os grandes agentes (grandes empresas e o poder público) possuem em litigar x o baixo custo e a falta de caráter pedagógico nas condenações. Sem desestímulo à conduta ilícita, o litigante de comportamento estrategista se vê recompensado a ajuizar ou permanecer litigante abusivamente sob custo do erário.

Portanto, os casos de litigância abusiva, nas modalidades frívolas e habituais, são oportunidades para judicializar todo e qualquer conflito ao Poder Judiciário que se encontra em crise de litigiosidade e morosidade e incapaz de atender satisfatoriamente às demandas.

#### 4.2 CRISE DE LITIGIOSIDADE, MOROSIDADE NO PODER JUDICIÁRIO E OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

O cenário das práticas demandistas provocado pelas escaramuças políticas aponta a complexidade e multiplicidade das relações jurídicas

---

<sup>458</sup> ORSINI, Adriana Goulart de Sena; RIBEIRO, Luiza Berlini Dornas. A litigância habitual nos Juizados Especiais em telecomunicações: a questão do “excesso de acesso”. **Revista Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 55, n. 85, p. 21-46. jan./jun. 2012, p. 35 e 36.

<sup>459</sup> Nessa perspectiva: ROSA; LINHARES, 2009, p. 81.

submetidas ao protagonismo do Poder Judiciário, de modo que atualmente o “limite entre o judicial e o político não pode ser definido formalmente no Estado Moderno”.<sup>460</sup>

Dessa judicialização, arraigada na cultura da litigância, exposta pelas litigâncias abusivas e somada pela ruptura da própria estrutura estatal decorre a crise judicial. Assim, a crise da jurisdição pode ser inserida na deficiência globalizante da política e da economia do próprio Estado, diretamente relacionada com as crises nos fundamentos que norteiam a modernidade jurídica.<sup>461</sup>

Nesse âmbito, a crise não setorial do Estado se ramifica às demais instituições, dentre elas ao Poder Judiciário. Logo, este demonstra o gradativo aumento nas demandas, subentendido como crise de litigiosidade, e na incapacidade de oferecer respostas céleres revelada pela crise de morosidade.

O ponto central pelo qual perpassa o Poder Judiciário está na ineficiência do Órgão frente ao inovador grau de tarefas atribuídas, tendo em vista a desproporção entre a procura pelos serviços judiciais e a oferta dos recursos disponíveis. Isso porque, segundo relatório elaborado no ano de 2015, mas com data base referente ao ano de 2014, disponibilizado pelo programa “Justiça em Números” do CNJ, os altos índices de carga contenciosa representam o aumento desproporcional das ações judiciais, culminando na chamada crise de litigiosidade.

Precisamente, no ano de 2014, o Poder Judiciário inicia com o estoque de 70,8 milhões de processos, tendente a aumentar devido ao total de processos baixados terem sido inferior ao de ingressos, conforme o índice de atendimento à demanda de 98,7%. Estima-se, portanto, que, ao final de 2014, a demanda cresça em meio ponto percentual, ultrapassando, assim, 71,2 milhões de processos pendentes.<sup>462</sup>

Além disso, há o acréscimo de 1,4% no total de processos baixados, o que representa cerca de 28,5 milhões de processos em 2014,

---

<sup>460</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 24.

<sup>461</sup> Nesse sentido: WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 2. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997, p. 64.

<sup>462</sup> Dados coletados: BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. *Justiça em números 2015: ano-base 2014*. Brasília: CNJ, 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso 16 out. 2015.

já o número de casos novos aumentou em 1,1%, atingindo quase 28,9 milhões de processos ingressados durante o ano de 2014. Como consequência do crescimento no quantitativo de casos novos e dos pendentos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário é de 71,4%, correspondentes ao aumento de 0,8 pontos percentuais em relação ao ano anterior de 2013.<sup>463</sup>

Dessa forma, mesmo que o Poder Judiciário seja paralisado sem ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e servidores, são necessários quase 2 anos e meio de trabalho para “zerar” o estoque.<sup>464</sup>

Assim, os números da pesquisa do CNJ apontam para a curva crescente da litigiosidade na qual os efeitos práticos deste descompasso são o aumento do número de ações, desgaste da máquina judicial e o sistema processual que não atende ao trinômio da qualidade-tempestividade-efetividade.

Embora sejam inúmeras as causas originadoras desta espécie de crise, o excessivo número de processos os quais chegam ao Poder Judiciário anualmente – demonstrando a cultura litigiosa, demandista – é um dos principais agravantes para o congestionamento do Poder Judiciário e a restrição ao acesso à Justiça.<sup>465</sup>

Já, quanto ao grave problema da morosidade, Cármen Lúcia Antunes Rocha manifesta-se que “não se quer justiça amanhã. Quer-se justiça hoje [...]. A vida não pode esperar, porque a agressão ao direito à vida pode fazê-la perde-se; a igualdade não pode esperar, porque a ofensa a este princípio pode garantir a discriminação e o preconceito [...]”.<sup>466</sup> Portanto, a eficiência na resposta jurisdicional pleiteada se insere no próprio conceito do direito-garantia que a justiça defende, de modo que o excessivo número de processos retarda o julgamento das demais ações, prejudicando àqueles que efetivamente precisam da jurisdição para obter a reparação do seu Direito.

Como reflexo da litigiosidade, instaura-se a crise de morosidade mediante à eternização das demandas, pois “o processo não resolve,

---

<sup>463</sup> Dados coletados: BRASIL, loc. cit.

<sup>464</sup> Nesse aspecto: BRASIL, loc. cit.

<sup>465</sup> Acompanha: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça:** condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 55.

<sup>466</sup> ROCHA, 1993, p. 37.

senão institucionaliza o conflito até seu natural espontâneo exaurimento convertido pela demora na prestação jurisdicional”.<sup>467</sup>

Por conseguinte, o fator tempo, quando implica na lentidão do processo, agride as garantias do devido processo legal e da razoável duração e pode trazer danos marginais às partes, não só no que diz respeito ao aumento dos custos para os litigantes, mas também nos resultantes da pressão econômica exercida sobre a parte mais fraca financeiramente, levando-a a aceitar acordos desfavoráveis ou, até mesmo, a desistir da ação.<sup>468</sup>

A máxima de que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”<sup>469</sup>, como destacou Rui Barbosa, já em 1921, ainda reflete a hodierna atuação do Poder Judiciário como prestador de serviços no panorama deficiente que prejudica os direitos fundamentais do cidadão.

Além disso, tais crises se aprofundam devido ao alto custo de transação para negociar sob a égide do Poder Judiciário, como por exemplo: o tempo de espera pela decisão definitiva, já que as partes ficam privadas dos bens ou direitos; as custas processuais, pagamento de advogados e servidores.

Ao contrário dos altos custos no Poder Judiciário, a abordagem alternativa da estratégia cooperativa demonstra ser, por regra, mais rápida e menos custosa, cumprindo assim a economia de meios. Com efeito, se comparada à prestação jurisdicional, a mediação, por exemplo, pode reduzir os custos de transação até a máxima do zero, chegando naquilo que o teorema de Coase aborda sobre o Direito não afetar a eficiência com que os recursos devem ser alocados, pois são as partes capazes de chegarem ao acordo no qual as beneficiem mutuamente, sem interferência Estatal.

Portanto, com o mecanismo consensual da mediação é possível reduzir o alto custo de transacionar por meio da gerência do Poder Judiciário em primeiro lugar, em razão da agilidade com que pode ser concluída, uma vez que não se submete ao regime dos infundáveis recursos às instâncias superiores, e, em segundo, porque antecipa a expectativa de decisões mais ágeis e acertadas no futuro, o que diminui o risco de comportamento oportunista.

---

<sup>467</sup> NALINI, 2008, p.18.

<sup>468</sup> Nesse sentido: CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67.

<sup>469</sup> BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5 ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, p. 5.

Com o alto custo, a jurisdição é incapaz de acompanhar o ritmo das transformações sociais e a especificidade cotidiana dos novos conflitos não só individuais, mas principalmente coletivos. Significa isso dizer que as crises também são frutos dos procedimentos adotados pela dogmática processual civilista a qual privilegia a competição e instiga o binômio “ganhador x perdedor”.

Por isso, faz-se necessário ampliar o conceito de acesso à justiça, ressaltando a importância do Estado promover a orientação aos mecanismos alternativos de estabilização dos conflitos, porquanto ao ente “não cabe somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais, como também aqueles que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, em especial dos meios consensuais.”<sup>470</sup>

Sem esta transposição paradigmática da lógica competitiva para a função pacificadora da cooperação, a junção do fenômeno da judicialização, litigâncias abusivas e crise de litigiosidade e morosidade, cada vez mais surtirão efeitos negativos, aprofundando o Órgão na verdadeira “tragédia” da superexploração pelos usuários do sistema.

#### 4.3 A JUSTIÇA COMO RECURSO PÚBLICO E O AMBIENTE DE ESCASSEZ: COMPARANDO A TRAGÉDIA DOS COMUNS COM A “TRAGÉDIA” DO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO

A jurisdição tem como fim social a pacificação e a solução do caso concreto submetido à análise do Estado na figura do juiz, entretanto os recursos financeiros, previstos no orçamento do Poder Judiciário, são escassos frente o atual ajuizamento de ações.

Ainda que as condutas de litigância abusiva dos usuários frívolos ou habituais sejam esperadas sob o ponto de vista econômico e suportadas pelo Direito, quando analisadas em conjunto, levam a resultados abaixo do ótimo coletivo, semelhante à tragédia do bem comum; modelo econômico descrito por Garret Hardin.

Busca-se traçar o paralelo entre a realidade atual do Poder Judiciário Brasileiro e o ambiente de tragédia oferecido pelo mencionado autor, tendo em vista que a teoria subsidia argumentos para tornar o acesso à justiça mais exequível ao compreender que litigar

---

<sup>470</sup> WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: resolução CNJ 125/2010: mediação e conciliação. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 45.

judicialmente acarreta custos a serem repartidos por toda a sociedade e, ainda, que há limitações nos recursos financeiros do ente estatal para receber todo e qualquer tipo de demanda.

Retomando a ideia, o autor Garret Hardin, esclarece que a combinação entre acesso e utilização livre de determinado recurso comum torna possível a internalização dos benefícios auferidos com a sua utilização, mas, ao mesmo tempo, ocorre a externalização dos efeitos negativos advindos da sua exploração a toda coletividade.<sup>471</sup>

Logo, no espaço em que não há restrições de acesso ao uso do bem, tampouco limites ao comportamento, a conduta esperada é a racionalidade na maximização dos ganhos e a utilização dos recursos existentes até a sua consumação.

Adaptando este conceito de tragédia dos bens comuns à situação jurídica Brasileira, os recursos públicos investidos no Poder Judiciário são limitados e finitos, se comparados ao excesso de demandas que se submetem ao Órgão, prejudicando toda a coletividade usuária do sistema:

Usando de recurso metafórico, pode-se dizer que o abuso de direito de ação, especialmente em casos de litigância de baixa probabilidade de êxito e no caso de demandas repetitivas, poderia acarretar uma tragédia do acesso à justiça. Para atender interesses individuais ou de pequenos grupos, pode-se acarretar prejuízo à coletividade em grandes proporções. O excesso de demandas judiciais impróprias em relação à forma de propositura acarreta um volume que não pode ser assimilado pela estrutura do Judiciário, o que gera lentidão e inefetividade. Toda a coletividade acaba sendo prejudicada pelas ações individuais ou de pequenos grupos que não podem ser filtradas pelo sistema. Por consequência, prejudica-se o acesso à justiça, e inviabiliza-se sua concretização plena.<sup>472</sup>

Em princípio, portanto, é razoável e esperado que se leve ao Poder Judiciário toda e qualquer espécie de lesão ao direito, porém, operando na lógica da escassez dos recursos, o Órgão não detém estrutura judicial para albergar o excesso de demanda, sofrendo com as

---

<sup>471</sup> Nesse sentido: HARDIN, 1968, p. 1245.

<sup>472</sup> MARCELLINO JUNIOR, 2014, p. 200.

crises de litigiosidade, morosidade e a ineficiência na prestação jurisdicional.

Na regra do custo zero, a estrutura judicial mostra-se de difícil ou impossível limitação no acesso, em especial porque a norma Constitucional, mais precisamente o seu art. 5º, reconhece que nenhuma lesão pode ser afastada da análise do Poder Judiciário e, ainda, assegura o direito de petição a todos os indivíduos, independente do pagamento de taxas.

Além disso, a concessão do benefício de Assistência Judiciária Gratuita (AJG), regulada pela Lei 1.060 de fevereiro de 1950, garante aos cidadãos declaradamente hipossuficientes a tramitação do processo sem o respectivo financiamento dos gastos com taxas e honorários advocatícios.

Nesse contexto, as garantias de que nenhuma lesão será afastada do Poder Judiciário e a da AJG proporcionam o incentivo à judicialização das demandas, sob o pretexto de reconhecimento das novas dimensões dos direitos, pois eis que inexistindo restrições processuais, ocorre o conflito entre os interesses individuais e a utilização da justiça. Sobre o tema, Alexandre Morais da Rosa é taxativo:

A tragédia dos comuns é um tipo de armadilha social de fundo econômico, a qual envolve o paradoxo entre os interesses individuais ilimitados e o uso de recursos finitos. Por ela, se declara que o livre acesso e a demanda irrestrita de um recurso finito terminam por condenar estruturalmente o recurso por conta de sua superexploração. Em face dos limitados recursos do Poder Judiciário e da sua capacidade de assimilação, a propositura de ações penais, sem custo (Ministério Público), pode gerar o excesso de litigância (abusivo ou frívolo). O custo de um processo é assimilado pela coletividade.<sup>473</sup>

Referendando o argumento, o relatório final ajustado pelo CNJ destaca as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade:

Percebe-se que o abarrotamento e a consequente morosidade do judiciário são consequência de

---

<sup>473</sup> ROSA, 2014, p. 44.



uma amplitude de elementos internos (micro) e externos (macro) ao poder judiciário. É o conjunto de tais elementos, sem solução, que deve tornar real a *tragédia* da exaustão da prestação judicial. Ou seja, se o quadro diagnosticado acima continuar evoluindo da forma como está, o nível da prestação judicial tende a decair até o ponto em que a satisfação dos direitos passará a não ser mais atendida da forma adequada.<sup>474</sup> (grifo do autor).

A consequência, portanto, é a exploração ilimitada do recurso comum (justiça), podendo implicar na sua inutilidade ou no caos, isto é, na “tragédia” no acesso ao Poder Judiciário.

Minuciosamente, a cada nova ação judicial, provoca-se a redução na qualidade da prestação jurisdicional, tendendo a aproximar-se do limite em que a satisfação dos direitos ainda é atendida. Porém, no momento em que o “rendimento marginal” da qualidade no julgamento passa a estar abaixo da satisfação dos exploradores do recurso, instaura-se o resultado trágico. Disso resultam as deduções de sobreuso e subinvestimento como resultados do cenário de tragédia no acesso ao Poder Judiciário, conforme também descreve o relatório final ajustado pela CNJ:

O cenário da tragédia aplicada ao sistema judiciário torna interessante o entendimento dos conceitos de sobreuso e de subinvestimento. O primeiro dos conceitos caracteriza-se pela utilização demasiada e sem critérios dos recursos comuns. Neste sentido, incentivado pela possibilidade de internalização de apenas parcela do correspondente ao custo total do ingresso de mais uma ação no judiciário (já prejudicado pelo volume expressivo de ações) e, desta forma, pela

---

<sup>474</sup> Edital Conselho Nacional de Justiça 01/2009. Temática: Diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil. Demandas judiciais e morosidade da justiça civil. Relatório final ajustado. Elaborado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Porto Alegre, março 2011, p. 26. Disponível em:

<[http://issuu.com/cnj\\_oficial/docs/relatorio\\_sobre\\_as\\_demandas\\_judici](http://issuu.com/cnj_oficial/docs/relatorio_sobre_as_demandas_judici)>. Acesso em: 19 out. 2015.

externalização da maioria do custo produzido pelo ingresso de tal ação, os indivíduos devem passar a ingressar no judiciário sempre que acharem necessário, mesmo que tal instrumento não seja o ideal para solucionar seus conflitos. Válido lembrar que o custo total representa os componentes negativos do ato de adicionar uma nova ação ao cenário descrito e que a externalização de tais custos representa a sua internalização pelos outros indivíduos presentes neste cenário. O subinvestimento também surge em ambientes de difícil restrição de acesso. Tal situação ocorre quando um indivíduo investe na exploração de determinado recurso comum e, assim o fazendo, percebe que acaba internalizando os custos da coletividade que faz uso do mesmo recurso comum, sem tal investimento. Devido às características dos recursos comuns o indivíduo percebe ser impossível não beneficiar aqueles que se recusam ou simplesmente não pagam o investimento pago por ele, sendo assim, a tendência é a de que todos (inclusive aqueles que investiam) optem por não realizar investimentos ou realizarem investimentos menores e continuarem a utilização de tais recursos.<sup>475</sup>

Estas práticas de sobreuso e de subinvestimento estão presentes na realidade do Sistema Judiciário Brasileiro. O sobreuso representa a “não existência de mecanismos que tornem os litigantes totalmente responsáveis pelos custos totais de suas ações judiciais, de modo que incentiva o indivíduo a buscar o Poder Judiciário para resolver qualquer atrito”<sup>476</sup>, não se preocupando, tampouco procurando outras formas para estabilizá-lo.

Já o subinvestimento aparece na política do benefício da AJG na medida em que “não havendo critérios seletivos para distinguir quem deve ou não receber o benefício, instiga-se todos os litigantes a pleiteá-lo”<sup>477</sup>, não importando se partes tem ou não condições de suportar as custas processuais.

Portanto, na concepção que aqui se emprega, a justiça se enquadra como recurso público, podendo ser usufruída por todos os

---

<sup>475</sup> Ibid., p. 26 e 27.

<sup>476</sup> TENENBLAT, 2011, p. 26.

<sup>477</sup> TENENBLAT, loc. cit.

usuários, mas o ambiente de exploração sinaliza recursos escassos, mostrando-se importante pensar em mecanismos de expansão à exequibilidade do acesso à justiça, sob pena do constante aumento no número de processos e na lentidão nos julgamentos.

Neste contexto, a teoria dos jogos é clara ao dispor que o incentivo ao sistema horizontal da cooperação é capaz de reverter a realidade trágica do Poder Judiciário, tendo em vista que os ganhos do agir cooperativo presente na mediação tendem a ser maiores do que o competitivo da dogmática Processual Civil, em razão do valor total ou relativo atribuído a cada envolvido.

#### 4.4 A TEORIA DOS JOGOS NO DIREITO: O DIREITO COMO UM JOGO?

Discutiu-se os problemas referentes ao “sacerdócio” do Poder Judiciário cujas demandas abusivas perpetradas pelo fenômeno da judicialização, passando pelas crises de litigiosidade e morosidade e pelo atual cenário trágico da superexploração comprometem a eficiência do Sistema Jurídico Brasileiro e colocam em “xeque” a discussão em prol de outros métodos de estabilização dos conflitos.

A partir destas premissas, nesta seção, com fundamento na teoria dos jogos, a qual revela que toda “sociedade histórica pode ser definida de acordo com as suas formas de conflito e cooperação”,<sup>478</sup> pretende-se mostrar outro caminho de gestão no tratamento das demandas com o escopo de alcançar maior exequibilidade no acesso à justiça.

A trajetória perpassa, inicialmente, pela “dissidência em romper”<sup>479</sup> ou, em outros termos, pela mudança paradigmática em compreender o Direito como jogo, já que em ambos os casos “aparecem

---

<sup>478</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. v. 1, p. 225.

<sup>479</sup> Alexandre Morais da Rosa descreve que a dissidência proposta em ler o processo penal (nesta dissertação, em analogia também ao processo civil) a partir da teoria dos jogos: “parte da necessidade de se romper com a sedução do especialista e do saber instituído. Não raro quem pretende escrever qualquer texto sobre processo penal busca fazer revisão bibliográfica e estabelecer o saber monolítico assentado em premissas incontestáveis. É justamente aí que apresento a dissidência. Os fundamentos teóricos em que o processo penal serão problematizados e não somente apresentados e/ou rejeitados, lendo a partir da teoria dos jogos adaptada ao processo penal. Busca-se ampliar criativamente as possibilidades de compreensão do processo penal”. ROSA, 2014, p. 6-7.

comportamentos de cooperação, competição, luta e conflito, em que o resultado não depende somente de sorte, mas da performance dos jogadores em face do Estado Juiz.”<sup>480</sup>

Intenta-se aplicar a teoria dos jogos nos sistemas de tratamentos dos conflitos, a fim de demonstrar que a incidência da dogmática processual civil Brasileira deve ser diminuída, porquanto incentiva aos participantes elaborarem estratégias competitivas, e, ainda, ampliar o mecanismo da mediação cuja comparação recorda ao jogo cooperativo, nas quais as partes são capazes de maximizarem seus ganhos coletivamente.

A dissidência proposta inicia com a comparação entre Direito e o jogo, considerado por Johan Huizinga como o elemento mais antigo que a própria cultura:

Todo ser pensante é capaz de entender à primeira vista que o jogo possui uma real autonomia, mesmo que sua língua não possua um termo geral capaz de defini-lo. A existência do jogo é inegável. É possível negar, se se quiser, quase todas as abstrações: a justiça, a beleza, a verdade, o bem, Deus. É possível negar-se a seriedade, mas não o jogo [...]. Ao tratar o problema do jogo diretamente como função da cultura, e não tal como aparece na vida do animal ou da criança, estamos iniciando a partir do momento em que as abordagens da biologia e da psicologia chegam ao seu termo. Encontramos o jogo na cultura, como um elemento dado existente antes da própria cultura, acompanhando-a e marcando-a desde as mais distantes origens até a fase de civilização em que agora nos encontramos. Em toda a parte encontramos presente o jogo, como uma qualidade de ação bem determinada e distinta da vida “comum” [...]. O objeto de nosso estudo é o jogo como forma específica de atividades, como “forma significante”, como função social.<sup>481</sup>

Desta forma, o jogo apresenta-se como a categoria primária da cultura, indispensável para o raciocínio do homem e para a fabricação dos objetos, visando inferir ao elemento lúdico a base do processo da

---

<sup>480</sup> ROBLES, Gregorio. **La justicia en los juegos**. Madrid: Trotta, 2010, p. 8.

<sup>481</sup> HUIZINGA, Johan. **Homo ludens**: o jogo como elemento da cultura. 2. ed. Tradução João Paulo Monteiro. São Paulo: Perspectiva, 1872-1945, p. 6-7.

identificação humana. Como recorda Jaci Rene Costa Garcia, o homem constitui-se de forma complexa em múltiplos “*homos, homo sapiens, homo faber* e o *homo ludens*, ao passo que este último foi perdendo espaço desde a evolução primitiva até o advento das instituições”.<sup>482</sup>

Embora o jogo exerça função na vida, como atividade voluntária, antes mesmo da formação cultural, apresenta regras que orientam as condutas, mas cuja conexão está estreitamente relacionada com competição e ganho. Nesse âmbito, reside à essência lúdica do Direito, especialmente, no tocante ao sistema de estabilização dos conflitos ser visto como jogo, na medida em que se depara com interações nas quais a “decisão ótima depende da escolha do outro agente econômico e que, por isso, as pessoas precisarão decidir qual a estratégia será adotada.”<sup>483</sup>

Joga-se ou compete-se, diz Johan Huizinga, “por alguma coisa; por alguma vitória”<sup>484</sup> e, do mesmo modo, litiga-se por alguma recompensa ou prêmio ao final, sendo inerente à jurisdição que cada uma das partes está dominada pelo desejo de ganhar sua causa. Para este autor, o jogo pode ser comparado ao Direito, especificamente, a sua categoria de jurisdição e processo, pois nestas formas os “jogadores estão motivados pela recompensa, afinal nenhum adversário deseja perder.”<sup>485</sup>

Desse modo, se as partes são dominadas pelo desejo de ganhar a causa, todo jogo pressupõe a interação a qual emerge das operações próprias dos seres vivos e também das regras que norteiam as ações de quem joga. Assim, verifica-se que o Direito também é dirigido pela meta de regras e pelo sistema linguístico, os quais limitam as ações dos juristas, ao mesmo tempo em que criam condições para práticas competitivas.

A complexidade do jogo judicial constrói-se pelas relações entre as partes e os juristas, sobretudo, advogados e juízes, os quais se submetem ao dialeto jurídico e observam o procedimento. Disso resulta, na percepção pragmática de Jaci Rene Costa Garcia, o “modelo

---

<sup>482</sup> GARCIA, Jaci Rene Costa. Direito é jogo: considerações primeiras sobre a relação entre a teoria dos jogos e direito. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. **Anais eletrônicos...** p. 6373 – 6394. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>>. Acesso em: 19 out.2015.

<sup>483</sup> COOTER; ULEN, 2010, p. 56.

<sup>484</sup> HUIZINGA, 1872-1945, p. 58.

<sup>485</sup> *Ibid.*, 87-88-89.

sistêmico de base binária entre autor x réu, porquanto há nítido aspecto dual e constante tensão no jogo judicial com vistas ao ganho.<sup>486</sup>

Outro autor que investiga a possibilidade de diálogo entre a teoria jurídica e a ludicidade, porém no viés mais amplo que jurisdição e processo apresentado pelo autor Johan Huizinga, é Dennis Lloyd, nos seguintes termos:

Sem dúvida, o direito, num sentido que nada tem de depreciativo, assemelha-se a uma espécie de jogo. A característica do jogo é possuir um sistema de regras próprias que fornecem um quadro de referência e um significado final no âmbito desse quadro de referência. Qualquer jogo desse tipo emprega um certo número de conceitos ou noções gerais, que são convencionais no sentido de que seu significado e função foram arbitrariamente definidos pelas regras do jogo, mas que podem funcionar de maneira perfeitamente significativa desse particular linguístico.<sup>487</sup>

E, ainda, o autor compara o Direito com a espécie de jogo de xadrez:

Sabemos que o xadrez é um jogo e que as peças só funcionam no âmbito desse jogo. Isso não implica, entretanto, que os conceitos do xadrez sejam, por conseguinte, superfluidades despidas de significado, de modo que o xadrez possa reduzir-se a nada mais do que duas pessoas sentadas defronte uma da outra e deslocando as peças de acordo com movimentos específicos. Pois o significado e a finalidades desses movimentos estão contidos no sistema de regras. O xadrez não pode ser reduzido a comportamento humano e reações psicológicas, e o sistema jurídico também não pode. Um, tal como o outro, é um sistema normativo dentro de cujo quadro de referência, embora possa ser linguístico, o comportamento humano torna-se inteligível.<sup>488</sup>

---

<sup>486</sup> GARCIA, 2010, p. 6373 – 6394.

<sup>487</sup> LLOYD, Dennis. **A idéia da lei**. 2 ed. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 364-365.

<sup>488</sup> LLOYD, loc. cit.

Para o autor, Dennis Loyd, o Direito pode ser visto como sistema único de jogo, não aplicando subsistemas lúdicos ao processo e a jurisdição, pois no sistema jurídico vai além dos protagonistas adversários, tendo em vista que todos se submetem as regras do jogo.

Se o jogo pode ser conceituado como interação dentro do sistema de regras, assemelha-se ao Direito uma vez que este pode ser vislumbrado como “atividade em contraditório em que há complexa interação entre jogadores, regulado pela lei, na busca do melhor resultado, a ser decidido pelo órgão julgador.”<sup>489</sup>

Assim, parece haver conexão entre Direito e jogo a partir do sistema normativo por meio do qual as regras procedimentais são pré-estabelecidas por códigos. Contudo, conforme lembra Piero Calamandrei, o fato de apenas “decorar as regras do xadrez não torna ninguém enxadrista”<sup>490</sup>, porém, saber as regras habilita o sujeito a jogar.

Independente do autor, admitir a interpretação do Direito enquanto sistema de estabilização dos conflitos, como o “duelo que acusa desde o início uma tendência para assumir caracteres de jogos”,<sup>491</sup> implica sofrer influxos da teoria dos jogos, os quais são capazes de esclarecer como os usuários, ditos litigantes, constroem seus comportamentos de acordo com os incentivos ou desincentivos do sistema.

Logo, não se desconhece a existência de óbice moral em relação à compreensão do Direito como jogo, mas desde já se convida a entender o sistema jurídico como atividade institucionalizada e regulada por normas jurídicas, as quais buscam o resultado movido pelo imaginário de antecipações entre os sujeitos de direito e o julgador.

A metáfora da teoria dos jogos explica em quais situações o agir estratégico dos jogadores é induzido à competição e, ainda, justifica outro modelo em que o incentivo dá-se ao comportamento cooperativo. Isso porque os litigantes ou jogadores por não se mostrarem como agentes neutros serão competidores ou cooperadores, de acordo com o modelo ou jogo de resolução dos conflitos que lhes seja ofertado. Nesse aspecto, Miguel Carlos Teixeira Patrício detalha que nas causas judiciais, assim como em qualquer circunstância, o jogo da interação é movido pela relação “custo *versus* benefício no momento da tomada da

---

<sup>489</sup> ROSA, 2014, p. 38.

<sup>490</sup> CALAMANDREI, Piero. **O processo como jogo**. Tradução Roberto Del Claro. **Revista Gênese**, Curitiba, n. 23, p. 191-290, 2002, p. 192.

<sup>491</sup> HUIZINGA, 1872-1945, p. 106.

decisão, optando, conseqüentemente pela hipótese que ofereça maior vantagem, não necessariamente econômica.<sup>492</sup>

A análise do custo-benefício na decisão entre “jogar o jogo do processo ou jogar o jogo da mediação” pode ser potencializada por meio da articulação com a teoria dos jogos, a qual antecipa o comportamento estratégico da litigância. A relação entre a teoria dos jogos com a dinâmica da litigância é bem esclarecida por Julio Cesar Marcellino Junior:

A teoria dos jogos combinada com a análise econômica do Direito, na medida em que ajuda a compreender a dinâmica processual como um jogo conflitivo, no qual a relação custo benefício é levada em consideração, mesmo que inconscientemente para as decisões e escolhas feitas no curso do processo. Auxilia, ainda, na compreensão do excesso de litigância, especialmente se se considerarem os estímulos econômicos que alguém possa ter para ingressar com uma ação, sem que lhe seja necessariamente custoso. A teoria processual tradicional não oferece mecanismos de controle desse excesso de litigância, sobretudo nos casos de abusividade.<sup>493</sup>

Desse modo, a aplicação da teoria dos jogos no Direito permite compreender dados que permanecem escondidos na ideia romantizada de tutela jurisdicional, pois aponta os jogadores como seres racionais, maximizadores das suas utilidades, e que são incentivados pela busca da decisão procedente, havendo sempre espaço para competição.

Aproveitando o potencial dinâmico da teoria dos jogos, Alexandre Morais da Rosa discorre que a teoria propicia a formulação de expectativas de comportamento estratégico, uma vez que se o objetivo do processo é a decisão favorável, esta é a estratégia dos jogadores e as táticas manejadas serão direcionadas à sua otimização.<sup>494</sup>

Neste sentido, Jürgen Habermas alerta que a defesa da causa no Poder Judiciário consiste numa ação estratégica (cálculo do êxito), dando a impressão de que dominava os conceitos da teoria dos jogos ao escrever que as “partes, como em um jogo estratégico, querem conseguir

---

<sup>492</sup> PATRÍCIO, 2005, p. 28.

<sup>493</sup> MARCELLINO JUNIOR, 2014, p. 211.

<sup>494</sup> ROSA, 2014, p. 25



vantagens e evitar perdas. Seu objetivo não é o encontro da verdade, mas uma sentença que lhe resulte favorável.<sup>495</sup>

Desse modo, no sentido amplo, o Direito pode ser visto como jogo a partir da ideia de interação entre os litigantes, além de apresentar-se como sistema regido por regras que estruturam as jogadas. Em nível específico, o jogo é Direito porque todo jogo lembra competição e, nesse quadrante, a competição é elemento intrínseco da jurisdição e da dogmática processual, uma vez que se recompensa o ganhador ao final com a procedência do pedido na decisão judicial.

Definido o Direito como jogo judicial, é possível fazer sua releitura a partir da teoria dos jogos, que não pretende substituir o conhecimento jurídico, mas destacar-se como metodologia adicional de simplificação da realidade conflituosa ao analisar a racionalidade dos agentes na ponderação do custo ou benefício entre litigar ou fazer acordo.

Portanto, a teoria dos jogos no Direito infere conclusões a partir das interações entre os agentes, isto é, auxilia a ter compreensão sobre o comportamento estratégico competitivo ou cooperativo de cada litigante no sistema de estabilização dos conflitos.

#### **4.4.1. O dilema dos litigantes: acordo ou processo? Por uma análise do custo x benefício**

Com fundamento nos pressupostos da AED, sustenta-se que as relações individuais interagem sob a dinâmica dos mercados com recursos escassos os quais orientam às ações ilimitadas dos diferentes indivíduos. Neste ambiente, os sujeitos de comportamento racional e individualista elaboram decisões estratégicas com vistas à maximização dos seus benefícios. Para alcançarem tais vantagens, os agentes aplicam a ponderação do custo e benefício ou a análise do ônus x bônus no processo de escolha.

No exame da racionalidade da lide, as premissas econômicas também se aplicam, tendo em vista que os jogadores se comportam analisando o custo e o benefício com vistas à obtenção dos maiores ganhos possíveis. Assim, ocorrido o conflito, despontam para as partes o chamado “dilema dos litigantes”, consistente na decisão entre iniciar o processo judicial ou realizar o acordo. Tal dilema perpassa pela noção

---

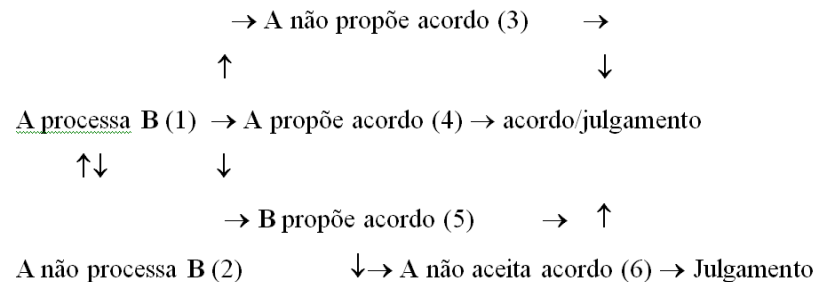
<sup>495</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Traurus, 1987. v. 1, p. 59.

dos custos sociais do processo judicial e o valor esperado da demanda, ou seja, pela ponderação do ônus x bônus na litigância.

Trabalha-se, nesta Seção, por critério de “simplificação”<sup>496</sup>, apenas com o ponto da decisão entre processar ou fazer acordo; e dois tipos de resultados no caso do ajuizamento: ganhar ou perder. Assim, o dilema pode ser considerado um jogo sequencial representado na forma “extensiva” ou figurado como “árvore de escolhas” as quais delineiam as dinâmicas entre: a) escolha pelo acordo seja extrajudicial ou conciliação judicial dá-se no instante em que se equacionam os eventuais benefícios advindos com a continuidade do processo; b) decisão pelo processo ocorre no momento em que a expectativa do valor pretendido seja menor que o custo esperado de sua responsabilidade.<sup>497</sup>

O jogo em “árvores” inicia-se sem que se saiba quais são as probabilidades do infrator ter ou não a responsabilidade e desta ramificação inicial surgem duas alternativas possíveis; processar ou não a outra parte, conforme a seguinte estratégia modelada economicamente:

Figura 2- Hipotético jogo em árvore.



Fonte: Elaborada pela autora, 2015.

A decisão entre o processo ou acordo orienta-se pelas expectativas de ganhos frente aos custos imediatos, já que jogador racional dificilmente ajuíza ação cujos custos imediatos sejam superiores ao que ele espera receber com o julgamento. Significa, isto, dizer que a decisão pela proposta ou não do processo obriga sopesar os

<sup>496</sup> Na ação judicial existem diversos pequenos julgamentos capazes de influenciar no cálculo do valor esperado pelo litígio, mas apenas a tomada de decisão inicial sobre o processo ou acordo será considerada nesta dissertação.

<sup>497</sup> Nesse sentido: BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. **Breves considerações acerca da análise econômica do processo judicial**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=363b688b0469919e>>. Acesso: 20 out. 2015.

prós e contras dos possíveis riscos e resultados, baseada nas informações de que dispõem os jogadores.

A utilização do custo e benefício para tomada da decisão na litigância, conforme anota Miguel Carlos Teixeira Patrício, constitui evidência, pois o que faz determinado indivíduo colocar sua questão *sub judice* é sempre o resultado da avaliação mais ou menos informada e cautelosa de custos e benefícios inerentes a essa decisão, nos seguintes termos:

Essa ponderação engloba, de modo amplo, duas vertentes essenciais: a vertente da micro - análise, realizada por cada um dos intervenientes processuais (v.g., juízes, funcionário judiciais, advogados, litigantes); e a vertente da macro – análise ou análise das decisões aptas a produzir resultados socialmente benéficos. Ambas as vertentes se justificam e se complementam, até porque, como é evidente, a primeira das análises não tem por fim primeiro uma escolha socialmente satisfatória (apenas a maximização dos resultados individuais), e a segunda tem como objetivo essencial a escolha desejável à luz o ótimo social.<sup>498</sup>

No mesmo sentido, Fábio Tenenblat explica:

Decidir entre o ajuizamento ou não de um processo judicial, entre o recurso ou o acordo diante de uma sentença desfavorável, significa, em última análise, sopesar prós e contras e ponderar riscos e probabilidades em face dos possíveis resultados finais. Decerto, cada indivíduo toma suas decisões conforme as informações de que dispõe, com a influência de suas convicções e de sua personalidade. Por conseguinte, frente a mesma situação, diferentes indivíduos podem (ou não) tomar decisões distintas. Segundo Rachlinski (1996), toda ação judicial é uma aposta, sendo que os litigantes fazem suas escolhas avaliando a relação entre sua riqueza e o que está em jogo no processo.<sup>499</sup>

---

<sup>498</sup> PATRÍCIO, 2005, p. 14.

<sup>499</sup> TENENBLAT, 2011, p. 27.

Desse modo, a Teoria Econômica da litigância, fundada na teoria dos jogos, orienta que antes do ajuizamento da ação ocorre a análise do custo x benefício, que não se vincula apenas em probabilidades ou conjecturas, mas também nas consequências econômicas para partes.

Na balança do ônus x bônus, primeiramente, o cálculo considera os custos sociais do processo os quais correspondem aos imediatos ou administrativos que são os dispêndios com o ajuizamento do processo, como por exemplo: contratação do advogado e às custas judiciais. Por isso, lembra Luciano Benetti Timm, “[...] quanto maiores forem os custos do processo, menor será a taxa de apresentação e demandas em um sistema judicial de atribuição; em sentido inverso, quanto menores as despesas, maior será a taxa de apresentação.”<sup>500</sup> Didaticamente Fernando Santos Arenhart, descreve como funciona para os jogadores a análise do custo e benefício na tomada da decisão entre contestar e continuar a demanda ou acordar e encerrar o processo:

Eis uma situação hipotética: autor ajuizou ação pedindo uma indenização de \$ 1.000,00 e, se o réu contestar, existe 50% de chance de perder a disputa; caso o réu conteste e perca a ação, pagará todas as despesas do processo (advogado das partes e custas judiciais), equivalentes a \$ 500,00. Nesse caso, o custo esperado de contestar a ação é \$750,00, ou seja, a probabilidade de perder a disputa em caso de contestar a ação ( $p=0,5$ ) vezes o valor que terá que pagar em caso de derrota ( $\$1000 + \$500$ ). Como o custo esperado da disputa é menor que o valor pedido pelo autor, o réu irá contestar a ação. Entretanto, se as despesas do processo em caso de derrota do réu na ação forem \$1.200, então o custo esperado da disputa em caso de contestação será \$1.100. Neste caso o réu preferirá não contestar a ação e pagar o pedido do autor, pois \$1.000,00 é inferior a \$1.100,00.<sup>501</sup>

Assim, na hipótese de um dos jogadores considerarem que os custos imediatos somam-se maiores que o possível valor do resultado final, a estratégia será pela não submissão do conflito ao Poder Judiciário já que o “agente racional dificilmente proporia uma ação

---

<sup>500</sup> TIMM, 2012, 391-393.

<sup>501</sup> ARENHART, 2009, p. 51 e 52.

cujos custos imediatos fossem superiores ao que espera receber com o julgamento final da ação.<sup>502</sup>

Entretanto, no momento em que os custos compatibilizam-se em zero, consoante proporciona, por exemplo, a Lei da AJG, estimulam-se estratégias demandistas, pois se não há custos superiores ao resultado do processo, o sistema judicial incentiva o ajuizamento de ações.

Portanto, a primeira estratégia consiste em avaliar questões de interesse privado, pois o litigante racional promove ou continua na ação caso os custos de determinado processo forem menores que o valor esperado pelo julgamento.

No segundo plano, o cálculo também pondera o valor esperado da demanda, cujo montante se refere ao tempo maior, médio ou de longo prazo do resultado econômico.<sup>503</sup> Nesse aspecto, se o valor esperado com a litigância for positivo, no sentido de que haja probabilidade do benefício ocorrer com a decisão judicial, e, ainda, mostrar-se maior que os custos do processo, a racionalidade do jogador pesa à tática da litigância.

No cálculo do custo, o queixoso racional apenas ingressa na disputa judicial se o valor esperado ou a probabilidade de sucesso na demanda para determinado litígio superar os custos da ação, consoante explica Grazielly Alessandra Baggenstoss:

Em tal situação, autor e réu buscam a maximização de seus benefícios: o primeiro, com a expectativa do valor pretendido; o segundo, com a minimização do custo esperado de sua responsabilidade. Assim, especificadamente, no lado de responsabilidade do réu ou por ausência de provas, caso o custo esperado de uma decisão for inferior ao pedido do autor, o réu poderá agir racionalmente respondendo à ação, por meio da contestação. Em outra hipótese, caso o pedido do autor seja inferior ao custo esperado da decisão, a melhor escolha para a parte passiva é não contestar a ação e tentar uma conciliação, pagando o valor da indenização pedida. Ainda, se, por ventura, o valor da indenização postulada for igual ao custo esperado do processo, a postura racional

---

<sup>502</sup> *Ibid.*, 391-392.

<sup>503</sup> Nesse sentido: KASMIER, Leonardo J. **Estatística aplicada à economia e administração**. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1982, p. 240.

do réu será de indiferença entre contestar ou não a ação.<sup>504</sup>

Situações, como acima narradas, são comuns no Sistema Judiciário Brasileiro, pois o jogador pretende maximizar seus ganhos monetários ainda que a demanda não tenha “caráter pecuniário”<sup>505</sup> e minimizar o tempo até que a questão seja resolvida.

Além da ponderação dos custos do processo e os benefícios com a demanda que influenciam na decisão da litigância ou acordo, a opção pela barganha surge, especialmente, quando se equacionam benefícios advindos com a continuidade do processo e os custos sociais processuais mencionados.

Quanto à análise do acordo à luz da teoria dos jogos acrescenta-se dados sobre a influência dos custos da cooperação prévia à decisão de ir ou não para o julgamento. Assim, numa situação estratégica, se de um lado a tese de satisfação do direito alegado é pouco provável pela vítima, e de outro, a antítese do autor vincula-se à fraqueza probatória ou a ausência de prova limita argumentos de defesa; surge à possibilidade das partes colaborarem entre si.

Atente-se que a cooperação conduz, em geral, ao *payoff* maior que as somas dos *payoffs* individuais da competição e, para que a colaboração ocorra, devem existir benefícios ou recompensas pelo menos em valor idêntico aos que existiam se não houvesse cooperação. O autor Patrício denomina esta estratégia de “threat value ou valor da ameaça”<sup>506</sup>, ou seja, para induzir o jogador à cooperação é necessário que receba com tal atitude ao menos aquilo que obteria se não cooperasse. Seguindo a mesma lógica, haverá acordo se ambas as partes apresentarem semelhantes margens de intersecção entre as expectativas

---

<sup>504</sup> BAGGENSTOSS, 2015, p. 12.

<sup>505</sup> Esclarecendo que nem todas as demandas envolvem a maximização do ganho ou minimização da perda econômica, como nos casos de questões que não possuem conteúdo econômico: ações penais, estado e capacidade das pessoas, entre outras, Fernando Santos Arenhart defende que todas as ações podem se converterem em resultados quantitativos monetários: “advoga-se que a honra não tem preço, entretanto, indenizações por danos morais podem (e devem) ser quantificadas em termos monetários. Uma separação, apesar de envolver motivações de cunho sentimental, pode envolver a divisão de um patrimônio, ou o dever de prestar alimentos. Assim, mesmo que em muitos casos as ações envolvam questões não econômicas, muitas destas podem ser representadas em termos monetários, tornando aplicável a teoria proposta.”

ARENHART, 2009, p. 49.

<sup>506</sup> PATRÍCIO, 2005, p. 61.

de valor. Logo, quando se verifica a aproximação entre as expectativas das partes quanto aos resultados, maior é a possibilidade de que um acordo seja alcançado.<sup>507</sup>

A tática pelo acordo é possível quando o lucro cooperativo do jogo é positivo, tendo em vista que a negatividade mantém o caso até o julgamento pelo magistrado, ou se ainda, ocorrer redução no custo de transação para obter o mesmo resultado que ocorreria por meio da sentença.

Logo, para que se estimule o agir cooperativo é preciso avaliar, no mínimo, se as partes possuem idênticas expectativas quanto ao resultado do julgamento e se são capazes de suportar os mesmos custos de transação para resolver a disputa. Considerando o litigante agente racional que calcula suas expectativas, quanto à possibilidade de sucesso de seu empreendimento tendo em vista os custos envolvidos, o caminho do acordo precisa mostrar-se compensatório.<sup>508</sup>

Portanto, o dilema dos litigantes, traduzido pela análise do custo x benefício, demonstra porque razão o método de estabilização dos conflitos oferecido pelo sistema atual estimula o ingresso de ações pelos jogadores sem que necessariamente seja custoso para parte.

Além disso, a teoria traz à tona a noção de que os litigantes avaliam o ônus e o bônus, ou seja, possuem comportamento racional e estrategista, tomando “decisões eminentemente egoístas, ponderando apenas os custos e benefícios próprios, ignorando ou desdenhando os custos e prejuízos para coletividade”,<sup>509</sup> podendo tal nuance auxiliar na elaboração de filtros coibidores de ações abusivas ou, na projeção de mecanismos de incentivos à cooperação.

Logo, entre processar e acordar, a teoria dos jogos é objetiva ao descrever que a tática preponderante entre os jogadores é litigar, porquanto o custo judicial do processo ainda é menor que o benefício ou valor esperado da demanda. E, litigando, as partes instauram a demanda judicial, cuja tutela jurisdicional pelo processo civil perfaz o modelo de jogo competitivo que incentiva o agir não cooperativo entre as partes.

---

<sup>507</sup> Nesse sentido: BAGGENSTOSS, 2015.

<sup>508</sup> Seguindo a lógica: DIAS, Jean Carlos. **Análise econômica do processo civil brasileiro**. São Paulo: Método, 2009. p. 91-92.

<sup>509</sup> BECKER, L.A. **Qual é o jogo do processo**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 29.

#### **4.4.2 Tutela jurisdicional pelo processo civil e a estabilização dos conflitos como modelo de jogo competitivo e o agir não cooperativo entre as partes**

Diante da complexidade com que se travam as relações sociais, acrescida da intolerância pelo Estado da justiça feita pelas próprias mãos, o ente estatal desenvolve meios de imposição coativa aos comportamentos humanos. Divide, pois, suas funções soberanas de molde a delegar a contingência às atividades administrativas, legislativas e jurisdicionais.

Dentre as funções Estatais, encontra-se a jurisdição, concernente à estabilização dos conflitos de interesses, de incumbência do Poder Judiciário, e com o objetivo imediato da aplicação da lei ao caso concreto e, missão mediata de restabelecer a paz entre os particulares e com isso manter a sociedade.

Para cumprir a tarefa da tutela jurisdicional, o Estado utiliza método próprio que é a estrutura do processo<sup>510</sup>, no qual se desenvolvem, segundo o ordenamento estatal, atividades conforme o ramo do Direito material perante o qual se instaurou o conflito de interesses, como por exemplo: civil, trabalhista, penal, administrativo.<sup>511</sup>

Ressalte-se que, em essência, o Direito processual, formal ou instrumental é um só, porquanto a função jurisdicional é única a qualquer que seja o Direito material debatido, sendo por isso, comum a todos os ramos os princípios fundamentais da jurisdição e do processo. No entanto, questões de ordem prática levam os legisladores a agruparem as normas processuais em códigos especializados, segundo a natureza das regras aplicáveis. E, nesse sentido, o Processo Civil significa o “ramo da ciência jurídica que trata do complexo das normas reguladoras do exercício da jurisdição civil, de Direito comercial e até as de Direito público não penal.”<sup>512</sup>

O exercício de parte de uma das funções soberanas do Estado, que é a jurisdição, é transferido ao grupo das disciplinas integrantes do ramo Direito Público Processual Civil que regula a função estatal e a qual não se confunde com o Direito material alegado, cujos princípios aspiram à seara privada das relações jurídicas entre as pessoas. O Processo Civil funciona por intermédio da “sequência de normas, atos e

---

<sup>510</sup> Para fins desta dissertação, por questões de comparativo com o mecanismo da mediação na seara cível, o instrumento analisado é apenas o processo civil.

<sup>511</sup> Corroborar: FAZZALARI, 2006.

<sup>512</sup> BERMUDES, 1973, p. 26.



posições subjetivas da estrutura procedimental e pelos habilitados a participarem, cuja esfera jurídica é destinada a desenvolver efeitos em contraditório”.<sup>513</sup> Dessa feita, a estrutura do Processo Civil conota a dialética do procedimento, denominado contraditório. Marcado pela característica da paridade das posições, o processo se desenvolve pelo procedimento do contraditório, porém apenas existe quando uma fase do *iter* de formação é contemplada com a participação não só do autor, mas também dos demais destinatários; réu e juiz.

Portanto, para construir o Processo Civil é necessário que haja a série de normas, atos e posições jurídicas que se reportem aos destinatários, realizando entre eles o contraditório ou, por outros termos, a identificação do processo resume-se na interação entre os participantes e, a partir disso, é que decorre a sua natureza lúdica.

Subsidiado pela teoria dos jogos, o Processo Civil é composto pela interdependência das jogadas, na medida em que não se trata de jogo solitário, pois o resultado não decorre exclusivamente das jogadas individuais, mas de jogadas articuladas legalmente, sempre dialéticas, em contraditório. Desse modo, o jogo do processo depende da tomada de decisões em cadeia, na qual, no decorrer do procedimento judicial, é possível vislumbrar o cotejo da estratégia do adversário, anteciper a melhor jogada possível, os ganhos e prejuízos.<sup>514</sup>

No jogo processual, aproveitando o potencial dinâmico da teoria dos jogos, a interação representa-se pelo contraditório e pela comunicação dos jogadores até a tomada da decisão pelo julgador. Para entender a proposta, os lugares no jogo são preenchidos pelo a) julgador: juiz, desembargadores ou ministros e b) jogadores: autor e réu. Além disso, as estratégias são competitivas ou cooperativas, dependendo das informações probatórias disponíveis pelos jogadores, a fim de estabelecerem os possíveis *payoffs*, isto é, ganhos e perdas.

A ideia, portanto, é que no Processo Civil a vitória dependa das estratégias montadas dentro do limite temporal do processo, de modo que o comportamento dos jogadores é capaz de influenciar no resultado. Detalhadamente, os litigantes tomam decisões visando à maximização de seus interesses a partir da análise de custos processuais x benefícios do valor esperado da demanda, sem considerar as externalidades ou

---

<sup>513</sup> FAZZALARI 2006, p. 114.

<sup>514</sup> Nesse sentido: ROSA, Alexandre Moraes da. **Jogo processual no Direito Penal tem efeito cativante**. 28 set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-28/diario-classe-jogo-processual-direito-penal-efeito-cativante>>. Acesso em: 22 out. 2015.

prejuízos aos demais jogadores ou à coletividade. Disso resulta que, para alcançarem o fim do jogo, os jogadores adotam estratégias sob a ordem da cooperação ou competição mas cuja essência no Processo Civil impera a natureza competitiva, pois o “propósito básico do debate forense é conquistar a vitória verbal contra o oponente impressionando a plateia; o que importa é vencer o debate.”<sup>515</sup>

Johan Huizinga já apontava o processo como competição; jogo para ver quem ganha:

A possibilidade de haver parentesco entre o direito e o jogo aparece claramente logo que compreendemos em que medida a atual prática do direito, isto é, o processo é extremamente semelhante a uma competição, e isto seja quais forem os fundamentos ideais que o direito possa ter [...]. Esta concepção do processo não deve ser considerada um produto de uma época mais tardia, uma simples transferência de ideias, e muito menos, a degenerescência como Ehrenberg parece pensar. Pelo contrário, toda evolução do processo jurídico segue a direção contrária, pois ele começou por ser uma competição e seu caráter agonístico é conservado até hoje [...]. Quem diz competição, diz jogo. Como já vimos, não há razão para recursar a qualquer tipo de competição no caráter do jogo [...]. O jogo e a jurisdição, voltemos mais uma vez à atenção às formas primitivas do processo. Em todo e qualquer processo submetido a um juiz, sejam quais forem as circunstâncias, cada uma das partes está sempre dominada por um intenso desejo de ganhar sua causa.<sup>516</sup>

E, o autor L.A Becker, de modo enfático, atribui ao processo à ideia de competição:

Enquanto atividade “lúdica”, focada na necessidade de vencer a qualquer custo, não só o embate entre o bem e o mal é irrelevante para o processo civil, mas também a busca da verdade [...]. Por tudo isso, talvez fosse interessante dizer

---

<sup>515</sup> WATSON, Douglas. **Lógica informal**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 5.

<sup>516</sup> HUIZINGA, 1872-1945, p. 87-88-89.

que o processo é como o jogo de futebol entre os *gahuku-gama*, da Nova Guiné: um jogo tratado como um rito. Um jogo (igualdade formal, busca da vitória – desigualdade) sob a pele de rito (falácia do caráter conjuntivo: “pacificação social uma ova, o que eu quero é vencer”). O difícil é conjugar a planetária diferença de temporalidade entre os dois “jogos”: no futebol, julgamento e execução imediatos à infração; já o processo é um jogo que consegue faça de ser infinitas vezes mais lento que o Banco Imobiliário. De qualquer modo, o processo é um jogo complexo.<sup>517</sup>

Logo, o processo civil é o combate entre os litigantes, uma vez que funciona como “duelo em que o fato fundamental é a destreza no manejo dos argumentos e das provas”<sup>518</sup>, até porque os jogadores são impulsionados pela recompensa do julgamento procedente do pedido, afinal, ninguém entra no jogo processual (ajuíza ou contesta uma ação) para perder ou cooperar.

Assim, é forçoso reconhecer que o processo civil se orienta pelo agir estratégico voltado para racionalidade na obtenção da vitória sobre o adversário, exatamente como num jogo. Enquanto sistema escolhido pela jurisdição para estabilização dos conflitos, o Processo Civil indica a relação vertical entre o Estado e as partes. Embora esta característica “inquisitiva”<sup>519</sup> ou “assimétrica”<sup>520</sup> esteja fortemente presente no

---

<sup>517</sup> BECKER, 2012, p. 149 e 163.

<sup>518</sup> CALAMANDREI, 2002, p. 105.

<sup>519</sup> Segundo Eduardo de Avelar Lamy e Horácio Wanderlei Rodrigues, o modelo de processo inquisitorial se caracteriza “concentração das funções de acusar, defender e julgar que cabem a uma só pessoa ou instituição, regra geral indicada e irrecusável por impedimento ou suspeição, podendo haver o sigilo dos atos processuais e inexistir o contraditório, sendo a confissão elemento suficiente para condenação. Nessa modalidade, o Processo é mais uma forma de administração de conflitos e de aplicação do direito do que de busca da verdade e da justiça.”. LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011. v.1, p. 186.

<sup>520</sup> Conforme Eduardo de Avelar Lamy e Horácio Wanderlei Rodrigues, o modelo de processo assimétrico se concentra: “autor e réu estão em pé de igualdade e o órgão encarregado de decidir é imparcial (juiz natural), sendo asseguradas todas as garantias constitucionais do processo (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, isonomia, publicidade, entre os principais). A iniciativa cabe às partes, não podendo o juiz iniciar o processo ex-offício. [...]”

processo penal, tal assertiva não implica necessariamente na sua ausência no processo civil, porque neste ainda cabe ao magistrado, verticalmente, o poder de decidir, devendo às partes, pelo contraditório e a ampla defesa, auxiliarem o Estado.

Além disso, assume natureza adversarial, na medida em que a busca pela comprovação da verdade se torna tarefa exclusiva das partes, isto é, os jogadores serão adversários<sup>521</sup> numa competição que será decidida pelo Estado. Este caráter “híbrido ou misto” de carga inquisitiva e adversarial, transparece que a “atividade lúdica do processo está focada na necessidade de vencer a qualquer custo,”<sup>522</sup> ou seja, “a parte quer mesmo vencer, sendo lhe de menor importância a justiça do resultado.”<sup>523</sup>

Assim, é a própria estrutura do modelo de jurisdição, caracterizada pela oposição de interesses entre as partes, e a atribuição pelo Estado Juiz de um ganhador e um perdedor que faz do instrumento um jogo não cooperativo de resultado soma zero, como bem explica Flávio Portela Almeida:

O processo judicial contencioso é um jogo não-cooperativo. De fato, até pelo próprio fato de ser a conciliação uma das causas de extinção do processo com julgamento de mérito, se as partes não conciliaram muito provavelmente não colaborarão com a parte ex adversa no decorrer do processo judicial. Além de ser jogo não-cooperativo, o processo judicial pode ser descrito como um jogo de soma zero. De fato, a não-cooperação, conforme já exposto, é característica ínsita dos jogos de soma zero, porque a cooperação implicaria a vitória do adversário. Ademais, não há, pela própria estrutura judicial, motivação para que as partes cooperem, já que é o próprio Estado que financia o procedimento,

---

Nessa modalidade as funções de acusar, defender e julgar pertencem a pessoas distintas”. LAMY; RODRIGUES, loc. cit.

<sup>521</sup> Ressalta-se que no jogo processual, embora adversárias e sem estímulo à cooperação material, as partes devem obedecer a regra mínima, estando vedado o agir de má fé.

<sup>522</sup> BECKER, 2012, p. 149.

<sup>523</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras complementares de processo civil**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 345.

tendo em vista o pagamento dos funcionários e juízes, necessários ao bom funcionamento da estrutura do poder judicial.<sup>524</sup>

Nessa perspectiva, pode-se considerar que é jogo não cooperativo de resultado de soma zero, tendo em vista que a vitória do autor ou do réu implica a derrota do outro, não havendo por parte das regras processuais qualquer estímulo à estratégia cooperativa, ao contrário, há incentivo ao esgotamento das vias recursais. Mesmo tratando-se de um jogo de soma zero, o processo judicial não tem, necessariamente, um ponto de equilíbrio no qual ambos os adversários conseguem assegurar a utilidade mínima. Isso porque a decisão fundamentada se dá com base nas regras normativas e, sendo assim, para cada item controvertido uma das duas partes necessariamente será vitoriosa e a outra derrotada, ou ambas, parcialmente derrotadas no caso de procedência parcial.

No processo civil vigora a estratégia da negociação competitiva ou ganha-perde, pois se desconsidera o relacionamento com a outra parte em longo prazo e objetiva-se maximizar todas as vantagens possíveis de modo que apenas um lado ganhe.<sup>525</sup>

Para Peter Stark, neste tipo de negociação ganha x perde, uma das partes, porque “valoriza apenas os próprios objetivos, se favorece em detrimento da outra, utilizando todos os meios possíveis para conseguir o que se quer.”<sup>526</sup> Daí porque, nesta espécie de jogo processual o confronto é desgastante, destrutivo, além de apresentar resultado negativo. Desse modo, se o sistema processual detém estrutura competitiva, consequentemente não abre espaço para estratégia cooperativa ou concessão mútua quanto a bens disponíveis entre as partes<sup>527</sup>, já que o fato de cada um buscar o melhor para si levará a uma situação que não é melhor para todos.

A percepção de que se faz necessário em um determinado conflito que uma parte vença a outra, “se ele ganha eu perco e vice e

---

<sup>524</sup> ALMEIDA, 2003, p. 188.

<sup>525</sup> Nesse sentido: MARTINELLI, Dante P.; ALMEIDA, Ana Paula de. **Negociação e solução de conflitos**: do impasse ao ganha-ganha através do melhor estilo. São Paulo: Atlas, 2006.

<sup>526</sup> STARK, Peter B. **Aprenda a negociar**: o manual de táticas ganha/ganha. São Paulo: Littera Mundi, 1999, p. 102.

<sup>527</sup> Ainda que o Magistrado julgue parcialmente procedente o pedido cujo resultado implica em ganhos e perdas mútuas, tal situação não retrata o agir estratégico cooperativo entre as partes, uma vez que a decisão de “colaboração” é imposta pelo Estado.

versa”<sup>528</sup>, e não objetivamente resolvam os pontos divergentes, faz com que os jogadores envidem esforços para ganhar do outro, impossibilitando a negociação direta entre as partes, pois o interesse de um, de ficar com tudo, induz ao outro a situação de perda total.

Por conseguinte, a estabilização dos conflitos pelo Processo civil como modelo de jogo competitivo induz ao agir não cooperativo entre as partes, cuja prática, quando não desestimulada por políticas judiciárias, proporciona ganho individual em curto prazo e acarreta prejuízos coletivos a médio e longo prazo. Tal situação recorda ao conceito operacional da teoria dos jogos, denominado Dilema dos Prisioneiros, a qual representa a tensão entre duas tendências comportamentais: cooperação e interesse próprio.

Isso porque, se as partes cooperarem no linear do processo “todos ganham e alcançam o ótimo de Pareto, mas se apenas um não cooperar, este terá o ganho maior ainda, a um esforço zero e ao custo de um esforço maior da outra parte”.<sup>529</sup> O problema desta conjectura é que se todos pensarem assim, a tensão competitiva se mantém e o jogo somente se encerra com a decisão judicial. Nesse sentido, recorda Morton Davis, que os litigantes, frequentemente, deixam de jogar cooperativamente no Dilema do Prisioneiro da sociedade, “seja porque estão interessadas em favorecer seus próprios interesses, ou porque simplesmente não percebem as implicações do que estão fazendo.”<sup>530</sup>

Por isso, na ótica de L. A. Becker, indispensável à adoção de “instrumentos de coerção externos à interação estratégica entre os agentes, sejam eles mecanismos de recompensa ou punição, exemplo, multas.”<sup>531</sup> Entretanto, indo além, defende-se modificar o pseudo paradigma cultural de acesso ao Poder Judiciário confundido com acesso à justiça, reduzindo o modelo competitivo do Processo Civil para abrir espaços aos mecanismos de natureza colaborativa e de táticas cooperativas entre as partes, como no caso da mediação.

---

<sup>528</sup> Expressão utilizada por: VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. Curitiba: Instituto da mediação, 1995, p. 36.

<sup>529</sup> BECKER, 2012, p. 65.

<sup>530</sup> DAVIS, Morton D. Teoria dos jogos: São Paulo: Cultrix, 1973.

<sup>531</sup> BECKER, op. cit., p. 67.

#### 4.5 INVERTENDO A LÓGICA: ADOÇÃO DA ESTRATÉGIA COOPERATIVA ENTRE AS PARTES PELA MEDIAÇÃO

É fenômeno incontestável que, nos últimos anos, a questão da judicialização das demandas e as crises de litigiosidade e morosidade têm sido colocadas no centro das preocupações e debates políticos, particularmente no que diz respeito à necessidade de realocação das formas de administração da Justiça.

A inflação judicial acaba por gerar burocratização e ineficiência, além de reforçar a fragilidade do Sistema Judiciário Brasileiro, pois são visíveis os altíssimos índices de congestionamento com o aumento no número de processos pendentes de julgamento e ingresso de novas demandas.

Ademais, cresce o autoritarismo do Poder Judiciário, pois as decisões mantêm-se verticalizadas, deixando-se de perceber a dimensão do “outro” que “não sou eu nem meu grupo social, mas o “diferente” diante do qual tenho deveres e responsabilidades, e não somente direitos a opor.”<sup>532</sup> Isso porque a condição de jogador no processo judicial acaba por distanciar os sujeitos uns dos outros, malgrado a necessidade imperativa de vitória no julgamento procedente dos pedidos. O perdimento do sujeito visível no processo judicial recorda a filosofia Hegeliana da relação entre o senhor e o escravo, quando diz que o “senhor considera o escravo não como pessoa, mas como coisa carente de si, e o escravo não conta como um eu, mas o senhor é o seu eu”.<sup>533</sup> Transpondo este pensamento para análise processual, pode-se dizer que as partes tornam-se cada qual carente de si na medida em que estão direcionadas tão somente para o ganho individual.

Assim, na busca por tratamento dos conflitos sob a tutela jurisdicional, cada qual pode vencer ou perder a demanda, e, por isso, nas salas dos Tribunais, reconhece-se muitas vezes nos rostos neutros das partes os verdadeiros duelantes, já que apenas buscam a vitória legitimada pelo terceiro, Estado Juiz. Nesse sentido, forma-se a matriz hermenêutica do Direito por meio do consenso induzido pelo Juiz e não pelo acordo construído entre as partes.

---

<sup>532</sup> OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; LANGOSKI, Deisemara Turatti. **A sustentabilidade como expressão do princípio da fraternidade**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e3d2b39d8bc215f6>>. Acesso em: 23 out. 2015.

<sup>533</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Enciclopédia das ciências filosóficas em Compêndio (1830)**. São Paulo: Loyola, 1995. v. 1, p. 298.

Desse modo, o contencioso Processual Civil detecta a carga disfuncional negativa ao manter o binômio “ganhador x perdedor”, razão pela qual é preciso atentar para a mudança de mentalidade com o abandono de velhas práticas, invertendo a lógica competitiva do Processo Civil a qual apenas retroalimenta a cultura da litigância e obstaculiza o conceito efetivo de acesso à justiça. Assim, impõe-se a contracultura com relação ao modo adversarial, código binário e competitivo do “ganhador x perdedor” prestado pela dogmática processualista para abertura de outro código, também binário, mas cujo maniqueísmo recorda o “ganha x ganha” na estabilização dos conflitos.

Não cabe mais apoiar-se somente no mito do Poder Judiciário fragmentado na sua força fundadora, posto que o órgão revela-se hipertrofiado com tantas demandas, devendo-se admitir o tratamento plural da justiça, ou seja, a democratização do acesso à justiça. Mais do que o princípio do contraditório, que apenas denuncia a natureza disjuntiva da tutela processual pelo Poder Judiciário, é necessário reafirmar a maneira “ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos, uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal.”<sup>534</sup>

É tempo de resgate da “ética da alteridade que significa o respeito e o reconhecimento da integridade do outro enquanto sujeito também de direito,”<sup>535</sup> admitindo a autonomia dos indivíduos na estabilização dos seus conflitos. Um novo modelo de Justiça que não se mostra distante do Direito Fraternal, e que repense o comprometimento coletivo no processo de auto responsabilização, desde que se libere da rivalidade destrutiva típica do modelo “irmãos inimigos”.<sup>536</sup>

O modelo “irmão x inimigo”, construído pelo autor Eligio Resta, dá-se a partir da experiência social dos cidadãos no Estado Nação que apenas compartilham a língua comum, sem construírem elos entre si. Por esta razão o autor entende que seja necessária à adoção da Lei de amizade, a qual aproxima as pessoas e auxilia no reconhecimento da identidade, torna submissa a sociedade ao código fraternal (entre irmãos) e cria relações solidárias sob o ponto de vista do comprometimento coletivo.<sup>537</sup>

---

<sup>534</sup> WARAT, 2001, p. 5.

<sup>535</sup> BUBER, Martin. **Eu e tu**. Tradução Newton Aquiles Von Zuben. 8 ed. São Paulo: Centauro, 2004.

<sup>536</sup> RESTA, 2004, p.13.

<sup>537</sup> Nesse sentido: *Ibid.*, p. 28 e 50.



Adaptando-se o ponto de vista macro do mencionado autor à tutela jurisdicional pelo processo judicial vê-se que este tratamento de conflito recorda a categorização das partes como inimigas, mormente porque os litigantes jogam o jogo do processo interessados egoisticamente em alcançar a maximização das vantagens para si. Não há, nesta perspectiva, aproximação dos interesses dos litigantes, tampouco, pensamento coletivo e, como abordado pelo Dilema dos Prisioneiros, nem sempre a melhor escolha para si representa o maior *payoff* para todos.

Ainda que as escolhas entre as partes sejam trágicas, é possível centrar políticas de inclusão no reconhecimento do outro, de aproximação das partes, desde que se reserve a visão paternalista do Juiz apenas para os casos dos bens indisponíveis. E, se insira, outro modelo de justiça; justiça do tipo restaurativo e coexistencial que envolve modelo de composição e gestão dos conflitos menos autoritariamente decisórios, ou seja, justiça da proximidade pautada na autonomia das partes e na relação de cooperação pactuada e convencionada.

Na busca por justiça mais próxima em termos de responsabilização dos cidadãos pelas suas decisões, até porque há “saturação dos dogmas do processo liberal individualista que talvez seja a senha para necessidade de superação deste modelo esgotado”,<sup>538</sup> instiga-se inserir um jogo de estabilização dos conflitos diferente da competição, no qual seja possível a estratégia baseada na conduta cooperativa entre as partes.

O jogo em que é possível o agir colaborativo entre as partes chama-se mediação, a qual transparece ser proposta “transformadora do conflito”<sup>539</sup>, pois não busca a decisão pelo terceiro, mas sim a resolução pelas próprias partes as quais recebem auxílio do mediador. Por meio da mediação, chega-se a nova concepção do Direito; ao paradigma que determinaria o novo objeto no que se vê deslocado das normas para o conflito.

Pautada na autonomia da vontade, a abordagem mediadora convida as pessoas a trabalharem com a negociação que “identifique aquelas coisas que você pode conceder ao seu oponente e que representa um alto benefício para ele, mas que não custem muito à você”.<sup>540</sup>

---

<sup>538</sup> BECKER, 2012, p. 105.

<sup>539</sup> WARAT, 2001, p. 80.

<sup>540</sup> Original: “Identifique aquellas cosas que usted puede concederle a su oponente y que representan un alto beneficio para él, pero que no le cuestan mucho a usted”. URY, William. **Supere el No: Cómo negociar con personas**

(tradução nossa). Ou seja, seu procedimento, diferente das abordagens do processo civil, conciliação e arbitragem, recorda a dinâmica do jogo cooperativo.

#### 4.5.1 Abordagem da mediação e suas diferenças com as técnicas da arbitragem e a conciliação

A prática da mediação compreende campo extenso que não permite definição estrita e única. Como a maioria dos conceitos referentes aos mecanismos de tratamento dos conflitos, a técnica não é invenção, mas adaptação do que já existiu em outras épocas e raízes culturais. Segundo Dora Fried Schnitman, “culturas judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e indígenas tem longa e efetiva tradição no uso da mediação, tendo em vista que se trata do exercício de intervenção humana nos conflitos entre partes”.<sup>541</sup>

Os autores Jay Folberg e Alison Taylor descrevem que as raízes históricas incluem a mediação desde a antiga China, com os Comitês Populares de Conciliação, passando por algumas partes da África com o costume de reunir assembleia até chegar ao modelo mais conhecido, desenvolvido nos Estados Unidos da América, referente às discordâncias patronais.<sup>542</sup>

Embora trabalhada por diversos ângulos, de modo geral, convergem os autores no sentido de que a mediação é instrumento auto compositivo e não adversarial, porque são as partes sem a rivalidade do “amigo x inimigo” quem decidem as demandas sob a orientação de terceiro imparcial. Detalhando sobre o conteúdo da mediação, os autores Jay Folberg e Alison Taylor descrevem:

A mediação é uma alternativa a violência, a auto ajuda do litígio, que difere dos processos de conciliação, negociação e arbitragem. É possível defini-la como o processo mediante o qual os participantes, junto com a assistência de uma pessoa ou umas pessoas neutras, assinalam

---

que adoptan posiciones obstinadas. Barcelona: Grupo Editorial Norma, 1991, p. 113.

<sup>541</sup> SCHNITMAN, Dora Fried. Novos paradigmas na resolução dos conflitos. In: \_\_\_\_\_; LITTLEJOHN, Stephen (Orgs.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artmed, 1999, p.17-27.

<sup>542</sup> Maiores informações vide: FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. **Mediación: resolución de conflictos**. México: Limusa, 1996, p. 21-23.

sistematicamente os problemas em disputa como objeto de encontrar opções, alternativas, e chegar a um acordo mútuo que se ajuste as necessidades. A mediação é um processo que faz ênfase a própria responsabilidade dos participantes em tomar decisões que influenciam suas vidas.<sup>543</sup>

Sem imposições de sentenças ou laudos, mas com apoio do profissional devidamente formado, a mediação auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo em que todos ganhem. Neste sentido:

A mediação constitui um procedimento de resolução de disputas flexível e não vinculantes, no qual um terceiro neutro – o mediador - facilita as negociações entre as partes para ajudá-las a chegarem a um acordo. A mediação se configura com um selo próprio que consiste em expandir as tradicionais discussões a fim de lograr um acordo e ampliar as opções de resolução, muitas vezes além dos pontos jurídicos invólucros da controvérsia.<sup>544</sup> (tradução nossa).

Complementando, Ildemar Egger explica:

Mediação é um método extrajudicial, não adversarial, de solução de conflitos através do diálogo. É um processo auto-compositivo, isto é, as partes com o auxílio do mediador, superam o conflito sem necessidade de decisão externa,

---

<sup>543</sup> Original: “la mediación es una alternativa a la violencia, la auto ayuda o el litigio, que difiere de los procesos de counseling, negociación y arbitraje. Es posible definirla como el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o persona neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. La mediación es un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes de tomar decisiones que influyen en sus vidas”. Ibid., p. 27.

<sup>544</sup> Original: “la mediación constituye un procedimiento de resolución de disputas flexible y no vinculantes, en el cual un tercero neutral – el mediador – facilita las negociaciones entre las partes para ayudarlas a llegar a un acuerdo. La mediación se configura con un sello propio que consiste en expandir las tradicionales discusiones a fin de lograr una venencia y ampliar las opciones de resolución, a menudo más allá de los puntos jurídicos invólucros en la controversia.” ÁLVAREZ; HIGHTON, 1996, p. 131.

proferida por outrem que não as próprias partes envolvidas na controvérsia. Ou seja, na mediação, através do diálogo, o mediador auxilia os participantes a descobrir os verdadeiros conflitos, seus reais interesses e a trabalhar cooperativamente na busca das melhores soluções. A solução obtida culminará num acordo voluntário dos participantes. A mediação consegue, na maioria das vezes, restaurar a harmonia e a paz entre as partes envolvidas, pois o mediador trabalha especialmente nas inter-relações. Na mediação, as soluções surgem espontaneamente, reconhecendo-se que a melhor sentença é a vontade das partes.<sup>545</sup>

A mediação como processo de reconstrução simbólica representa a técnica informal em que o terceiro neutro, sem poder para impor sua decisão auxilia as partes a alcançarem o acordo mutuamente aceitável, cuja formulação incorpora o caráter consensual e a voluntariedade na disputa. Na mesma direção, Christopher W. Moore define a forma de estabilização dos conflitos como a “interferência em uma negociação, tendo o profissional poder de decisão limitado ou não autoritário, mas que ajuda os envolvidos a chegarem voluntariamente a um acordo mutuamente aceitável com relação às questões em disputa.”<sup>546</sup>

Destas definições convencionais resta claro que a mediação, diferentemente do processo judicial, não deve “concluir nem decidir nada, deve somente fazer com que as partes conflitantes estejam em condições de recomeçar a comunicação.”<sup>547</sup> Especificamente, as partes devem estar dispostas a permitir que o terceiro entre na disputa e reestabeleça a comunicação interrompida entre elas, de modo que a aceitabilidade a qual envolve a consideração da presença do mediador e a voluntariedade que dispõe a participação livre no acordo são características inerentes ao método mediado dos conflitos.

Da aceitabilidade, conjugada com o voluntarismo, a mediação devolve ao particular a responsabilidade pela gestão do conflito, fugindo das decisões prolatadas pelos Juízes, por meio do código binário

---

<sup>545</sup> EGGER, Ildemar. Justiça privada: formas alternativas de resolução dos conflitos. **Revista Justilex**, Brasília, ano I, n. 12, p. inicial-final, dez. 2002, p. 60.

<sup>546</sup> MOORE, 1998.

<sup>547</sup> SPENGLER, 2007, p. 317-318.

“ganhador x perdedor”, permitindo aos litigantes o comprometimento com o outro mediante a elaboração de acordos participativos.

Chamando a atenção para a responsabilidade das partes no processo de administração das suas próprias contendas, Andrew Floyer Acland sustenta que:

A mediação oferece a possibilidade de manter-se impecável e portanto avançar, mas também significa que terá que assumir a responsabilidade das decisões e ações realizadas. Já não há um juiz ou um árbitro que adote por nós decisões definitivas: nós controlamos o processo e o resultado, e temos que afrontar as consequências de nossa conduta e o efeito que produz nos demais. Soa duro, porém assumir as próprias responsabilidades é o caminho real para o amadurecimento e a liberdade e independência autêntica.<sup>548</sup> (tradução nossa).

Nesta senda, dar ao cidadão maior autonomia no regulamento dos seus conflitos é essencial no atual contexto de litigiosidade experimentada pelo Poder Judiciário e, por isso, torna-se importante revitalizar a mediação, porque o método traduz, a seu modo, o resgate do espaço público e democrático. Isso porque, o mediador, ao invés de se posicionar acima, encontra-se no meio, partilhando de espaço comum e participativo voltado para construção do consenso dos participantes que chegam voluntariamente ao acordo. Logo, enquanto no processo judicial tudo se orienta em torno da figura do Juiz, que tem o dever de decidir quem ganha e quem perde a causa, na mediação o movimento gravita entre os conflitantes que tratam as suas próprias demandas.

Entretanto, além desses sentidos, a mediação representa a proposta transformadora, promovendo o auxílio em lidar com as diferenças humanas, natureza egoísta e individualista do litigante

---

<sup>548</sup> Original: “la mediación ofrece la posibilidad de mantenerse impoluto, y sin embargo avanzar, pero también significa que hay que asumir la responsabilidad de las elecciones y acciones realizadas. Ya no hay un juez o um árbitro que adopte por nosotros decisiones definitivas: nosotros controlamos el proceso y el resultado, y tenemos que afrontar las consecuencias de nuestra conducta y el efecto que produce em los demás. Suena duero, pero asumir las próprias responsabilidades es el caminho real hacia la madurez y la libertat e independência autênticas”. ACLAND, Andrew Floyer. **Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones**. Barcelona – Buenos Aires – Mexico: Paidós, 1993, p. 39.

racional. Esta possibilidade de transformação origina-se, segundo Robert Baruch Bush e Joseph Folger, na capacidade da abordagem mediadora em gerar dois importantes efeitos: “a) revalorização pela devolução aos indivíduos do sentido do seu próprio valor; b) reconhecimento que implica na aceitação da empatia com o respeito aos problemas alheios.”<sup>549</sup>

Por se tratar de processo baseado na consensualidade e na comunicação, as partes sob o enfoque colaborativo podem chegar à estabilização criativa e mutuamente satisfatória, eis que a mediação permite sentir o conflito e perceber a outra parte, pois, como diz Warat, para “mediar, assim como para viver, é preciso sentir o sentimento, e a mediação não pode se preocupar por intervir no conflito, tampouco transformá-lo.”<sup>550</sup>

Destas particularidades: consensualidade, comunicação e não interferência no acordo, a mediação evoca o sentido de meio, centro e equilíbrio, compondo a ideia do terceiro entre as partes, mas não acima delas, diferindo sensivelmente das demais formas de estabilização, como, por exemplo: arbitragem e conciliação, já que nessas os interesses são representados pelo profissional o qual se posiciona acima e pode fazer ingerências e sugestões no acordo.

Diferente da forma autocompositiva da mediação, a arbitragem, assim como o Processo Civil, apresenta natureza heterocompositiva, pois há designação pelas partes que, por meio da “convenção de arbitragem”<sup>551</sup>, determinam que o terceiro imparcial, dito árbitro, solucione verticalmente a controvérsia.

---

<sup>549</sup> BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. **La promesa de la mediación: Cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento.** Argentina: Granica, 1994, p. 21.

<sup>550</sup> WARAT, 2001, p. 31.

<sup>551</sup> As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente, a tal contrato. O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. As referidas definições foram retiradas dos artigos, respectivamente, 3º, 4º, 9º, da Lei 9.307/1996. BRASIL. **Lei 9.307/1996 Arbitragem.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)>. Acesso em: 25 out. 2015.

Embora conceituado por diversos doutrinadores, a arbitragem apresenta derivação do latim do vocábulo *arbiter* (juiz, louvado e jurado) e significa, com base no entendimento de Candido Naves, a “discussão e o julgamento de uma controvérsia entre duas ou mais pessoas, sobre determinada relação de direito, perante árbitros.”<sup>552</sup> Na linguagem jurídica, a arbitragem é o procedimento no qual as partes confiam ao árbitro a missão de resolver os litígios, conforme, o autor, José Cretella Júnior, descreve:

[...] sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executiva reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraída, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas, ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida.<sup>553</sup>

E, José de Albuquerque Rocha corrobora quanto ao entendimento sobre arbitragem:

A arbitragem pode ser definida como meio de resolver litígios civis, atuais ou futuros, sobre direitos patrimoniais disponíveis, através de árbitro ou árbitros privados, escolhidos pelas partes, cujas decisões produzem os mesmos efeitos jurídicos das sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário.<sup>554</sup>

A arbitragem é a técnica de foro privado da solução de controvérsias por meio da intervenção de técnicos especializados na

---

<sup>552</sup> Um dos primeiros autores brasileiros a tratar sobre o tema da Arbitragem em sua tese para o concurso de livre docente da Faculdade de Direito de Minas Gerais, em 1925. Para complemento vide: NAVES, Candido. **Juízo Arbitral**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1925, p. 15.

<sup>553</sup> CRETILLA JUNIOR, José. Da Arbitragem e seu conceito categorial. **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 98, p. 127-138, abr./jun. 1998, p. 127.

<sup>554</sup> ROCHA, José de Albuquerque. Instituições Arbitrais, In: SALES, Lília Maia de Morais (Org.). **Estudos sobre mediação e arbitragem**. Rio de Janeiro; São Paulo; Fortaleza: ABC Editora, 2003, p. 97.

área, os quais recebem poderes da convenção, de modo a decidir com base nela e sem a intervenção do Estado.

Logo, resta claro que na arbitragem a solução da demanda é baseada na “autonomia de vontade”<sup>555</sup> das partes, as quais diante da disputa dos direitos disponíveis, escolhem o árbitro com o objetivo de submeterem-se de modo obrigatório e vinculativo à sentença arbitral.

No tocante a natureza jurídica surgem três correntes: contratualista, publicista e a mista. A primeira, contratualista ou privatista, sustenta natureza puramente contratual, uma vez que se encontra vinculada a convenção de arbitragem, já que o instrumento arbitral se vincula a partir da vontade das partes, de modo que os árbitros obtêm suas faculdades a partir da convenção e não da lei.<sup>556</sup>

De outro norte, a corrente publicista entende como tema central a sentença arbitral, configurando a prestação jurisdicional oriunda da função delegada pelo Estado ao árbitro e não apenas da convenção de arbitragem. Em outras palavras, “se o cidadão opta pela jurisdição privada e nomeia árbitro, ele o faz com o aval do Estado”<sup>557</sup>, razão pela qual o árbitro ao ser indicado pelas partes não atua em nome delas, mas sim da entidade Estatal.

A terceira linha afirma que a natureza jurídica da arbitragem é mista, isto é: contratual e jurisdicional, pois de forma eclética nasce da “vontade das partes (caráter privado) e, concomitantemente, regula relação de direito processual (caráter público).”<sup>558</sup>

Definido o significado e a natureza da arbitragem, cumpre-se esclarecer que o instituto pode ser classificado a partir de diversos critérios como: a) voluntária, fundada na vontade das partes, ou obrigatória, aquela imposta pela lei; b) *ad hoc*, na qual o árbitro é escolhido diretamente pelas partes que também decidem sobre as regras aplicáveis; c) institucional, oferecidas por instituições públicas ou

---

<sup>555</sup> Destaca-se que a autonomia da vontade deve ser entendida como a superação da clássica visão do período do liberalismo, decorrente dos postulados econômicos de Adam Smith e morais de Kant, baseados na manifestação livre dos cidadãos sem qualquer interferência estatal para compreender a noção de autonomia da vontade autorizada e limitada pelo Direito. Vide: CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

<sup>556</sup> Nesse sentido: GORCZEWSKI, Clovis. **Formas alternativas para resolução dos conflitos**: a arbitragem no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 48.

<sup>557</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>558</sup> CACHAPUZ, Rozane da Rocha. **Arbitragem**: alguns aspectos do processo e do procedimento na Lei n. 9.307/96. [S.l.]: Editora de Direito, 2000, p. 56.



privadas, nacionais ou internacionais; d) de direito, em que o árbitro decide com base nas regras prescritas pelo Direito; e) equidade, pela qual o árbitro decide com base na justiça do caso concreto; f) nacional, o qual ocorre dentro de determinado Estado, ou internacional, fora da territorialidade.<sup>559</sup>

Independente do tipo, Ricardo Soares Stersi dos Santos e Horácio Wanderlei Rodrigues detalham os elementos comuns a todas as espécies deste mecanismo:

As definições de arbitragem acabam por revelar alguns dos principais aspectos do instituto: a) as partes tem o poder de estabelecer, por meio da convenção de arbitragem (contrato privado), que a solução das disputas decorrentes de certos conflitos serão realizadas por um terceiro, designado árbitro ou por um grupo de pessoas (órgão colegiado), designado no Brasil como tribunal arbitral; b) as partes escolhem quem será o árbitro ou os árbitros. Em razão disso podem delegar o poder de apontar o árbitro ou os árbitros a outras pessoas ou instituições; c) o laudo arbitral é, em regra, obrigatório para as partes. Desta forma a decisão do árbitro vincula as partes; d) a escolha válida da arbitragem, por meio de convenção de arbitragem, implica na atribuição de competência ao árbitro para julgar o conflito de interesses das partes. A escolha válida da arbitragem também implica na exclusão da competência dos órgãos do Poder Judiciário para o julgamento do mérito do conflito.<sup>560</sup>

Destas características resultam que na arbitragem, diferentemente da mediação, as partes não possuem o poder de decisão porque ele se encontra com o árbitro, de modo que a autocomposição não incide por conta da presença de terceiro que julga. Igualmente ao processo civil, na arbitragem as partes permanecem encarando-se como adversárias e jogando competitivamente.

---

<sup>559</sup> Classificação encontrada em: ROCHA, José de Albuquerque. **A lei de arbitragem**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 38-40.

<sup>560</sup> SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Conflito e cooperação**: as vantagens da arbitragem. p. 1-16. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=eef6f4457ee96f8b>>. Acesso: 25 out. 2015.

Já no tocante a conciliação, que provém do latim *conciliatione*, significando “ato ou efeito de conciliar; ato de harmonizar os litigantes ou pessoas divergentes; congraçamento; acordo ou concórdia”<sup>561</sup>, considera-se como o mecanismo de ordem judicial ou extrajudicial na solução negociada do conflito de interesses.

A natureza da conciliação, igualmente da mediação, também é autocompositiva, uma vez que o acordo se dá entre as partes adversas, porém a atuação do terceiro interfere no diálogo, apontando possíveis soluções para o litígio. No ordenamento Jurídico Brasileiro, a conciliação pode ser extrajudicial (extraprocessual), a qual ocorre antes do processo, ou judicial (endoprocessual), a qual se desenvolve no curso do processo. A este respeito, os autores Antonio Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco ensinam:

[...] a conciliação pode ser extraprocessual ou endoprocessual. Em ambos os casos, visa a induzir as pessoas em conflito a ditar a solução para a sua pendência. O conciliador procura obter uma transação entre as partes, ou a submissão de um à pretensão do outro, ou a desistência da pretensão. Tratando-se de conciliação endoprocessual, pode-se chegar à mera desistência da ação, ou seja, revogação da demanda inicial para que o processo se extinga sem que o conflito receba solução alguma.<sup>562</sup>

Assim, antes, durante e depois da instrução do processo e até mesmo posteriormente à sentença, em grau de recurso, pode o magistrado buscar o consenso, motivo pelo qual a técnica mostra-se deveras importante na extinção da demanda:

Existem vantagens obtidas tanto para as partes quanto para o sistema jurídico se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral. Ademais, parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais

---

<sup>561</sup> MENDES, Anderson de Moraes. A hora e a vez da conciliação. **Revista CEJ**, Brasília, v. 13, n. 46, p. 120-123, jul./set. 2009, p. 122.

<sup>562</sup> ARAÚJO; DINAMARCO; GRINOVER, 2006, p. 34.

unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes.<sup>563</sup>

Analisando a conciliação no Direito comparado, José Roberto Freire Pimenta salienta que nos últimos anos há um perfil comum em todos os países, no sentido de “reforçar e de desenvolver formas de conciliação, principalmente para garantir maior eficiência de todo o aparato do Poder Judiciário.”<sup>564</sup>

A conciliação judicial, em especial aquela que é obtida logo no início do *iter* procedimental, é vantajosa por razões de funcionalidade do Poder Judiciário e, também, porque atende aos princípios da celeridade e efetividade tão importantes quando se trata de tutela jurisdicional desejável. Ademais, o mecanismo da conciliação atenua a pressão numérica dos processos judiciais, contribuindo para reduzir o tempo de tramitação das ações e preservando a qualidade dos serviços prestados.

De fato, a conciliação constitui importante instrumento de estabilização dos conflitos, principalmente porque detém natureza autocompositiva já que as partes decidem através de acordo que põe fim a litigância. Além disso, a conciliação interage como princípio informativo previsto no procedimento processual, pois segundo a Lei n. 13.105; de 16 março de 2015, correspondente ao NCPC, em seu art. § 2º o conciliador atua preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes e pode sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.<sup>565</sup>

Neste sentido, é na figura do conciliador que se concentra a diferença com a mediação, porquanto o conciliador, terceiro que se coloca entre as partes, auxiliando-as, também pode fazer sugestões para que os participantes cheguem ao consenso. Significa isso dizer, que o conciliador tem participação ativa na condução do processo e pode fazer interferências no conflito, não apenas equilibrando as partes, mas fazendo ponderações aplicáveis ao caso concreto para que os litigantes querendo, acolham.

---

<sup>563</sup> CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 83-84.

<sup>564</sup> PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 65, n. 02, p. 29-50, fev. 2001, p. 50.

<sup>565</sup> BRASIL. **Lei 13.105 de 16 março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 25 out.2015.

A conciliação é o meio de solução de conflitos em que as pessoas buscam sanar as divergências com o auxílio de um terceiro, o qual recebe a denominação de conciliador. A conciliação em muito se assemelha à mediação. A diferença fundamental está na forma de condução do diálogo entre as partes.<sup>566</sup>

Na mediação, como visto, são as próprias partes que tentam por elas a chegar ao acordo, sendo no máximo assistidas pelo terceiro imparcial, cuja função é somente ajudar na percepção dos riscos da decisão, sem, no entanto, fazer qualquer tipo de intromissão, ou seja, a postura do mediador é passiva posto que não deve influenciar na concordância entre as partes. Isso porque a mediação não transcorre em nome do acordo, tendo em vista que neste mecanismo de tratamento dos conflitos a fórmula do acordo detém papel secundário, embora a corrente “tradicional linear de Harvard”<sup>567</sup> ou a fórmula “neoliberal”<sup>568</sup> orientem que a construção da solução para o conflito só se vê resolvida quando transcrito, redigido e finalizado pelo acordo. Ou seja, o papel principal da mediação para essa escola restaria centrada no acordo.

Entretanto, diferentemente dos outros institutos jurídicos, a mediação não tem por objetivo prioritário a realização do acordo, ainda que deva ela chegar a isto; pois segundo a corrente “transformadora ou emancipatória”<sup>569</sup>, a qual se preocupa mais com os personagens do que com a formalidade, e situa o acordo na condição de possibilidade como consequência natural; mas não como objetivo e finalidade do procedimento.

---

<sup>566</sup> Acompanha: SALES, Lília Maia de Moraes. A mediação de conflitos e a pacificação social. In: SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). **Estudos sobre mediação e arbitragem**. Rio de Janeiro; São Paulo; Fortaleza: ABC Editora, 2007, p. 42.

<sup>567</sup> Explica Ildemar Egger que o modelo tradicional do Programa de negociação da Escola de Harvard, também conhecido como corrente normativista é “toda aquela que visa acordo de interesse, uma espécie de seguidores de Hans Kelsen, que, por sua vez, já demonstrou e aceitou pacificamente que o acordo entre as partes (o contrato em geral, qualquer que seja seu gênero) são normas. De modo que a mediação não seria mais outra concepção de direito, ou seja, uma concepção normativista.” EGGER, Ildemar. **Cultura da Paz e mediação**: uma experiência com adolescentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 119.

<sup>568</sup> Esta espécie de mediação neoliberal visa o acordo e foi assim intitulada por Luis Alberto Warat, na obra: WARAT, 2001.

<sup>569</sup> A corrente transformadora refere-se ao modelo teórico proposto por BUSH; FOLGER, 1994.

O modelo transformativo de Robert A. Bush e Baruch Folger baseia-se na comunicação e no reconhecimento do outro como parte do conflito, isto é, a outra parte como coprotagonista da relação. O escopo da mediação não é conseguir o acordo, mas sim, transformar as relações, razão pela qual a técnica se dá por meio de perguntas circulares que começa por uma das partes, refere-se à outra e volta a perguntar para a primeira.<sup>570</sup>

Nesse âmbito, a tarefa do profissional incumbido pela mediação é proporcionar a narrativa circular para que as partes examinem seus interesses e negociem a troca de promessas mutuamente satisfatórias dentro dos padrões de justiça para ambas e, se possível, cheguem ao acordo. Nesse sentido, o mediador pode assumir diversos papéis, dentre os quais, segundo Christopher W. Moore:

[...] de facilitador da comunicação; legitimador que ajuda as partes a reconhecerem o direito das outras de estarem envolvidos nas negociações; facilitador do processo que propõe um procedimento e, em geral, preside formalmente a sessão de negociação; explorador do problema, que permite que as pessoas em disputa examinem o problema a partir de várias perspectivas, ajudando nas definições das questões e dos interesses básicos e procurar opções mutuamente satisfatórias; agente de realidade, pois ajuda na elaboração de um acordo razoável e viável e que questiona e desafia as partes que tem objetivos radicais e não realistas.<sup>571</sup>

Deve o mediador, sem empregar a palavra para persuadir e sem centrar na adjudicação da justiça pelas partes, estabelecer sua credibilidade como terceira pessoa imparcial, explicando o processo e as etapas da mediação, favorecendo a atitude de cooperação e inibindo a confrontação frequentemente utilizada pelo sistema tradicional.

De modo geral, a tarefa do mediador consiste em introduzir características especiais para modificar o enfoque baseado na confrontação e na negociação, os quais implicam no campo de batalha, melhorando a comunicação entre as partes, clarificando a compreensão dos interesses e preocupações subjacentes e explorando as

---

<sup>570</sup> Nesse sentido: BUSH; FOLGER, loc. cit.

<sup>571</sup> MOORE, 1998, p. 31.

consequências da falta do acordo com o escopo de gerar opções mutuamente satisfatórias.

O poder do mediador é criar espaços transacionais que facilitem as partes a tomarem suas decisões, de modo que não possui função decisória e, por isso as técnicas para “como chegar ao sim”<sup>572</sup> ou “como superar o não”<sup>573</sup>, permitem o desenvolvimento da comunicação.

O tratamento aplicado pelo mediador pode acontecer mediante pluralidade de procedimentos que vão desde a negociação à terapia, buscando religar aquilo que se rompeu, seja pela via da mediação institucional; isto é, aquela dos “senhores do bom ofício” na qual o profissional é formado e especializado para cumprir o trabalho específico em determinada instituição; ou, pela mediação comunitária dos mediadores “naturais” cuja formação se dá pelo voluntariado dos cidadãos que nascem de grupos sociais, mas que não possuem formação para tal.<sup>574</sup>

Embora existam diferentes tipos de mediação como: institucional ou comunitária, judicial ou extrajudicial, neste trabalho, as vias percorridas são a institucional e judicial, porque a própria Justiça quis instituir mediadores que atenuassem o congestionamento dos Tribunais tentando que o litúgio não chegasse à mesa dos magistrados sem a prévia tentativa de acordo. Inclusive, atualmente, no cenário Jurídico Brasileiro, regulamentando a situação dos mediadores oficiais foi sancionada, em 26 de junho de 2015, embora ainda permaneça sob *vacatio legis*, o marco regulatório da mediação pela Lei 13.140<sup>575</sup> que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias.

---

<sup>572</sup> A negociação de acordo sem concessões de como chegar ao sim foi trabalhada por Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, na Obra: FISHER; URY; PANTTON, 1994, p.4.

<sup>573</sup> Como negociar com pessoas que adotam posições obstinadas e, superar o não, foi trabalhada por William Ury na Obra: URY, 1991, p. 6.

<sup>574</sup> Nese sentido: SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação**. Tradução de Águida Arruda Barborsa, Eliana Riberti Nazareth e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 28-31.

<sup>575</sup> BRASIL. **Lei 13.140/2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)>. Acesso em 25 out. 2015.

A Lei 13.140 orientada pelos princípios da imparcialidade do mediador: isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa fé, prevê a possibilidade contratual de cláusula de mediação e aponta que apenas conflitos que versem sobre bens disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação podem ser objetos.<sup>576</sup>

No que tange a formação do mediador institucional, este conduz o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso a fim de facilitar a resolução do conflito, podendo ser designado pelo Tribunal ou escolhido pelas partes.

Segundo o art. 11 da Lei, podem atuar como mediadores judiciais as pessoas capazes, graduadas há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha formação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos Tribunais, sendo que os órgãos devem criar e manter cadastros atualizados dos mediadores habilitados.<sup>577</sup>

Assim, a mediação é técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório que escolhido ou aceito pelas partes auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. O procedimento da mediação, previsto na seção III da mencionada Lei inicia-se com a primeira reunião, podendo o mediador reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, bem como solicitar informações que entender necessárias para facilitar o entendimento de todos. A técnica encerra-se quando não se justificar novos esforços para a obtenção de consenso, ou com a celebração do acordo pela lavratura do seu termo final, que se constitui título executivo extrajudicial, ou quando homologado judicialmente o título executivo judicial.<sup>578</sup>

No procedimento da mediação, o desenvolvimento das sessões pelo mediador enquanto facilitador do diálogo é recortado por passos ou

---

<sup>576</sup> Texto corresponde aos arts. 2º, I,II,III,IV,V,VI,VII e VIII e § 1º e art. 3º. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm) Acesso em 25.out.2015.

<sup>577</sup> BRASIL. Lei 13.140/2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)>. Acesso em: 25 out. 2015.

<sup>578</sup> BRASIL. Lei 13.140/2015. Texto corresponde aos arts. 14, 19 e 20 e parágrafo único da Lei 13. 140/2015 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)>. Acesso em: 25 out. 2015.

etapas definidas entre: a) preparação da mediação que serve para dar informações sobre o conflito; b) sessão conjunta inicial que consiste em reuniões conjuntas entre o mediador e as partes, na qual o mediador explica o procedimento e escuta atentamente as apresentações iniciais de cada lado e faz perguntas para clarificar as posições e os interesses; c) sessão conjunta inicial privada na qual o mediador se reúne separado com cada parte e seu advogado; d) sessões conjuntas e privadas subsequentes nas quais se ajuda as partes a desenvolverem opções, propostas e alternativas cooperativas; e) finalização do procedimento, se possível, com o esboço de compromissos mútuos.<sup>579</sup>

A partir destas fases é notório o quão diferentes são o tempo do processo judicial e dos demais meios de tratamento dos conflitos, se comparados ao tempo da mediação. Isso porque, a abordagem da mediação não tem como objetivo a rápida obtenção do acordo ou a imposição verticalizada da decisão, mas a condução ao estado de cooperação capaz de reorganizar as relações sociais, uma vez que reduz a dependência cultural do paradigma do juiz como única figura de estabilização das demandas.

Se comparada às demais técnicas, a composição consensuada de baixo custo social cria o ambiente no qual os participantes, marcados pela racionalidade e individualismo passam a enxergar o outro, desconstruindo a identidade inicialmente antagonizada do “meu x teu” para perceber o “nosso” conflito.

Portanto, diversa das formas tradicionais de tratamentos dos conflitos como o processo civil e arbitragem, os quais travam luta de posições em que uma parte ganha e a outra perde, na mediação esta luta se modifica tentando encontrar estado harmonioso no qual os “jogadores” envolvidos em alguma medida ganhem. Ou seja, “tu ganhas eu ganho” é o novo conceito advindo deste tipo de abordagem centrada no meio e que pretende eliminar a necessidade de manutenção da relação “amigo x inimigo”, “procurando demonstrar como todos podem ganhar algo em qualquer interação, sem suprimir o conflito, mas trabalhando-o de modo cooperativo, visando transformá-lo em um conflito construtivo.”<sup>580</sup>

A mediação possibilita alternativa à decisão judicial como forma de baixar a litigiosidade dos Tribunais e elevar o nível de prestação da justiça, mormente porque abre espaço para o jogo sem terceiro acima

---

<sup>579</sup> Nesse aspecto: ÁLVAREZ; HIGHTON; JASSAN, 1996, p. 136-140.

<sup>580</sup> EGGER, 2008, 124.



das partes, já que os interessados controlam a “partida”, podendo colaborar entre si, recordando a estrutura do jogo cooperativo.

#### **4.5.2 Dinâmica da mediação como jogo: a cooperação entre as partes**

Infere-se que no procedimento da mediação, as relações deixam de centralizar-se nos termos “ou-ou”, que significa ou ganha ou perde, para firmar bases na expressão “e-e”, representada pelo tópico ganha e ganha ou perde e perde, como forma de reconectar os sujeitos separados pelo conflito.<sup>581</sup>

Para isso, como visto, a mediação comporta a comunicação bilateral entre as partes cuja recomposição pelo mediador visa à construção da decisão conjunta. Disso resulta a dinâmica interativa do contraditório na qual as situações de barganha modelam-se ao conceito de jogo; jogo da mediação marcado pela estratégia cooperativa.

Inicialmente, pode soar anormal representar a mediação como jogo, uma vez que este por sua natureza recorda a ideia de competição. Entretanto, como desenvolvido no segundo Capítulo pela teoria dos jogos, todo jogo pressupõe interação e desenvolvimento de estratégias que podem ser competitivas ou cooperativas, conforme o interesse dos envolvidos. Nesse âmbito, a mediação não foge à regra, visto que admite ação recíproca entre os participantes e é coordenada pelo mediador na busca do melhor resultado para ambos. Logo, se há interação, há jogo, porém na mediação, diferente do Processo Civil, a matriz tática vincula-se à estratégia cooperativa.

Modulando os comportamentos dos personagens tem-se que na mediação os jogadores são os interessados e fazem parte do mesmo “time”, pois não se encaram como adversários, e voluntariamente ali se encontram para alcançarem os propósitos coletivos no tratamento do conflito. Há, ainda, o mediador, terceiro imparcial entre as partes, que busca reatar a comunicação entre os participantes para que estes encontrem os *payoffs* dos ganhos e diminuindo as perdas.

Por esta premissa, a própria natureza do mecanismo da mediação incentiva os jogadores a realizarem o comportamento baseado no agir cooperativo, porquanto devolve às partes o protagonismo sobre a solução das suas contendas, já que “não será unilateral do primeiro,

---

<sup>581</sup> Acompanha: AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e Justiça Restaurativa**: a humanização do Sistema Processual como forma de realização dos princípios constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 102.

tampouco do segundo, mas uma saída original realizada por ambos, e que não pertença a nenhum dos dois propriamente.<sup>582</sup>

Além disso, se os participantes não querem jogar cooperativamente, não devem se submeter a este tipo de abordagem. Daí a importância de políticas judiciais ou do sistema de educação jurídica voltados para a conscientização dos usuários de que nas propostas para estabilização dos conflitos é possível maximizar as vantagens de ambas as partes e não apenas os próprios lucros, reduzindo a incidência competitiva do Processo Civil apenas para os casos em que não seja possível dispor de direitos. Ainda que as instituições sejam avançadas, em geral faltam planejamento, execução e acompanhamento para sua concretização.

Assim, na mediação, o comportamento estratégico dos jogadores volta-se para barganha do “ganho x ganho”, ou seja, para negociação do tipo cooperativa. Explica José Carlos Martins Mello que a estratégia de cooperação “não significa desistir dos objetivos, mas alcançar as metas traçadas e obter os ganhos esperados solucionando o problema em comum”<sup>583</sup>, razão pela qual o reestabelecimento da confiança é elemento essencial para que se consiga trabalhar com a estratégia cooperativa. Para Dante Martinelli e Ana Paula Almeida a estratégia colaborativa do tipo ganha x ganha representa:

Os negociadores tem interesses em colaborar entre si afim de contribuírem para que ao fim da negociação ambas as partes se sintam satisfeitas e voltem a negociar no futuro. A estratégia colaborativa valoriza tanto o resultado quanto o relacionamento entre os negociadores. Na negociação ganha-ganha ambos os lados trabalham juntos para concluir um acordos satisfatório para ambos. A finalidade é encontrar um meio que seja aceito por todos.<sup>584</sup>

No mesmo sentido, Raymond Saner explica sobre a estratégia colaborativa:

A colaboração ou integrativa implica em encontrar uma solução que atenda os desejos e interesses de ambas as partes. Na negociação

---

<sup>582</sup> SIX, 2001, p. 7.

<sup>583</sup> MELLO, José Carlos Martins F. de. **Negociação baseada em estratégia**. 2. ed São Paulo: Atlas, 2007, p. 34.

<sup>584</sup> MARTINELLI; ALMEIDA, 2006, p. 134.

colaborativa as partes devem juntas tratar do problema em questão com o objetivo de buscar uma solução benéfica a todos. A negociação colaborativa cria um relacionamento de longo prazo e favorece a confiança mútua.<sup>585</sup>

A tática da colaboração é possível desenvolver-se na mediação, uma vez que todo o mecanismo está envolto da ideia da aproximação das partes pelo mediador que deve funcionalizar entre elas a estratégia cooperativa, chegando-se ao acordo em que ambas partes se beneficiem e sintam que suas necessidades foram atendidas.

O interessante na mediação, diferente dos demais métodos, principalmente do jogo competitivo da tutela jurisdicional pelo Processo Civil, não é vencer o outro enquanto adversário numa alusão à guerra, mas multiplicar os ganhos para os dois participantes, considerando que “nem sempre ambos os lados ganharão na mesma proporção, porém terão maiores benefícios em longo prazo.”<sup>586</sup>

Para que a estratégia cooperativa se torne dominante, a solução conjunta dos problemas não deve centrar-se nas posições dos jogadores, mas sim nos seus interesses, identificando as preocupações, necessidades, temores, desejos que subjazem e, motivam as posições encontradas. A barganha posicional deixa de produzir diálogo na medida em que quanto mais se procura esclarecer o outro lado da impossibilidade de modificar a posição inicial, mais difícil se torna fazê-lo:

À medida que se presta maior atenção às posições, menos atenção é voltada para o atendimento dos interesses subjacentes das partes. O acordo torna-se menos provável. Qualquer acordo obtido pode refletir uma divisão mecânica da diferença entre as posições finais, em vez da solução cuidadosamente elaborada para atender aos interesses legítimos das partes. O resultado é, com frequência, um acordo menos satisfatório do que poderia ter sido para cada um dos lados.<sup>587</sup>

---

<sup>585</sup> SANER, Raymond. **O negociador experiente: estratégias, táticas, motivação, comportamento, liderança**. 2. ed. São Paulo: SENAC/SP, 2004, p. 276.

<sup>586</sup> LEWICKI, Roy J.; HIAM, Alexander. **MBA compacto: estratégias de negociação e fechamento**. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 202.

<sup>587</sup> FISHER; URY; PANTTON, 1994, p. 23.

Barganhando posições não se completa o ciclo cooperativo porque mantem-se a disputa de vontades entre os jogadores, isto é, forma-se o campo de batalha estimulando os jogadores a encararem-se como adversários; tendentes a tornar-se cada qual defensivo e reativo e a ignorar por completo a busca pela estabilização do conflito, justa e vantajosa para ambos.

De outro lado, barganhando interesses chega-se claramente ao ponto central do conflito, já que são os interesses que motivam as pessoas; são eles os motores silenciosos por trás da algazarra das posições, e, por meio dos interesses inicia-se a abordagem cooperativa:

A vantagem de buscar interesses por trás de posições é clara. As posições tendem a ser concretas e explícitas, os interesses subjacentes a elas bem podem ser expressões, intangíveis e talvez incoerentes. Como é que se deve proceder para compreender os interesses envolvidos numa negociação, lembrando-se de que descobrir os interesses do outro é pelos menos tão importante quanto descobrir os seus? Pergunte “por quê” e pergunte “por que não?”. Pense na escolha do outro.<sup>588</sup>

No interior da mediação, diferentemente da dogmática processual, não há posições firmadas entre autor x réu de modo que é possível barganhar interesses e não posições, obtendo ganhos mútuos. Ora, se a estratégia presente na mediação retrata a cooperação, o mecanismo enquadra-se no jogo cooperativo. Comentando sobre o tema, Flávio Portela Lopes de Almeida discorre:

A mediação, a rigor, é um jogo cooperativo. Não poderia ser de outra forma, já que, se uma das partes não quiser cooperar, a outra pode simplesmente abandonar o processo, sem sofrer ônus algum. Além disso, a própria função do mediador, tanto na mediação facilitadora quanto na avaliadora, que é a de fazer com que as partes entendam os sentimentos e interesses da adversária, promove uma maior possibilidade de cooperação no processo. Ressalte-se que a cooperação está diretamente relacionada às informações disponíveis às duas partes: muito

---

<sup>588</sup> FISHER; URY; PANTTON, 1994, p. 65.

possivelmente uma das partes não cooperará fornecendo à outra parte informações prejudiciais a si. Por outro lado, a presença do mediador força, ao menos, a possibilidade de um equilíbrio de Nash, já que, pela própria presença de um terceiro neutro ao processo, as partes tenderão a encontrar um acordo mutuamente satisfatório do qual ambas não deverão se arrepender no futuro. A presença do mediador garante isso porque as partes sentir-se-ão constrangidas em oferecer propostas irrealis ou em permanecer a posições fixas de negociação, o que possibilita que a discussão focalize os interesses reais das partes.<sup>589</sup>

Seguindo a mesma orientação, o autor Ivan Aparecido Ruiz explica:

De outro lado, existem outros meios para a solução dos conflitos de interesses, e, com um pouco de ousadia, entende-se que a solução a que se chega nos meios autocompositivos de resolução dos conflitos de interesses atende muito mais aos interesses das partes, já que se está diante do que se chama teoria do ganha/ganha. Quando se trabalha com o ganha/ganha, a energia é positiva, favorecendo os dois lados.<sup>590</sup>

Especificamente, sob as justificativas da teoria dos jogos, compara-se a mediação ao jogo cooperativo, porque este valoriza a comunicação entre os jogadores, já que por meio da conversa permite-se interação coletiva e o alcance do maior ganho possível para todos. No mesmo caminho, ocorre na mediação: a dinâmica preconiza o diálogo entre os jogadores e alerta que a competição entre os agentes leva ao resultado pior individualmente do que se houvesse cooperação, uma vez que a estratégia dominante competitiva é prejudicial para todos.

Se a teoria dos jogos faz parte do instrumento Microeconômico que auxilia na análise das tomadas de decisões a partir do comportamento estratégico dos jogadores, na mediação o parâmetro da Microeconomia aponta que o jogo ocorre segundo a interação entre as

---

<sup>589</sup> ALMEIDA, 2003, p. 190.

<sup>590</sup> RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação no direito de família e o acesso à justiça. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Org.). **Mediação de conflitos**: novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 282.

partes mediadas, cuja racionalidade se orienta na expectativa de maximizar ganhos e minimizar as perdas, coletivamente. Isso porque há casos em que satisfazer o interesse do outro pode ser relevante do ponto de vista estratégico; como exemplo, pense em uma sociedade comercial que pretende garantir a fidelidade e a satisfação de seus clientes; o que gera o agir estratégico semelhante ao do agir comprometido.<sup>591</sup>

Se, a estratégia, na mediação, feita pelos participantes se orienta no agir colaborativo, por consequência, a técnica enquadra-se como jogo cooperativo, cujo *payoff* permite a ambos participantes terem maiores ganhos. Significa, isto, dizer que se o jogo da mediação tem perfil cooperativo, a soma do seu resultado conforme a subespécie trabalhada pela teoria dos jogos só pode apresentar-se diferente de zero, conforme detalha Almeida:

A mediação é caracterizada, ainda, por outro fundamento que permite concluir pela possibilidade de o equilíbrio de Nash sempre existir nesta modalidade de resolução de conflitos: toda mediação é um jogo de soma não-zero. Assim, as partes não precisam, necessariamente, discutir apenas fatos relativos ao problema que as levou a buscar a mediação: podem trazer, inclusive, outros problemas e mesmo soluções que, em princípio, não estariam diretamente ligadas às questões que as partes inicialmente buscaram resolver. Mediação é um jogo de forma extensiva, que leva em consideração o fato das partes terem, em boa parte das vezes, um relacionamento prévio à mediação e que, possivelmente, continuará após a resolução do problema. De fato, a mediação leva à minimização do conflito, na medida que as duas partes passam a vê-lo como uma intempérie no relacionamento, que poderá continuar após o conflito ter sido resolvido.<sup>592</sup>

Ressaltando a subespécie do jogo com resultado diferente de zero, os autores Roger Fisher e William Ury descrevem:

---

<sup>591</sup> Nessa perspectiva: SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. A Possibilidade do Tratamento de Conflitos no Âmbito do Judiciário por Meio da Teoria dos Jogos. **Revista Desenvolvimento em Questão**, Editora Unijuí, ano 2007, n. 13, p. 63-86, jan./jun. 2009.

<sup>592</sup> ALMEIDA, 2003, p. 191.

O terceiro grande obstáculo à resolução criativa de problemas é a posição de um bolo fixo: quanto menos para você, mais para mim. Raramente ou nunca essa suposição é verdadeira. Antes de mais nada os dois lados sempre poderiam ficar em situação pior do que estão agora. O xadrez parece ser um jogo de soma igual a zero; se um perde o outro ganha - até que um cachorro passa correndo, vira a mesa, derrama a cerveja e deixa os dois parceiros em situação pior que antes. A barganha de interesses não é assim, o jogo é diferente de zero. Mesmo sem considerarmos o interesse comum de evitar as perdas conjuntas, existe a possibilidade de lucros conjuntos. Estes podem assumir a forma do desenvolvimento de uma relação mutuamente vantajosa, ou de satisfazer o interesse de ambos os lados com uma solução criativa.<sup>593</sup>

Neste contexto, há que se falar em conduta que visa melhor resultado para todos, pressupondo cooperação das partes envolvidas em busca de equilíbrio, tornando-se concreto quando as estratégias, efetivamente adotadas, de todos os jogadores forem cada uma individualmente a melhor resposta possível às estratégias dos demais participantes.

Por isso, no jogo cooperativo da mediação espera-se comportamento diferente daquele adotado no Dilema do Prisioneiro que incita a deserção, em essência, egoísta e individualista. Como as partes são estrategicamente aproximadas, a partir das competências e habilidades do mediador, o comportamento cooperativo e o resultado diferente de zero passa a ser a expectativa legítima.

Conjectura-se que, assim como na metáfora da Caça ao Cervo, ao utilizar-se do mecanismo da mediação, as pessoas podem alcançar resultados que realmente solucionem o litúgio com ganhos recíprocos, bastando que haja investigação dos verdadeiros interesses.

A verificação dos interesses fica a cargo do profissional mediador, mas as concessões serão feitas diretamente pelas partes, considerando as variáveis da assimetria das informações sobre o conhecimento da causa, probabilidade de êxito na demanda, custos sociais da técnica e o lapso temporal, isto é, pela análise custo e benefício.

---

<sup>593</sup> FISHER; URY; PANTTON, 1994, p. 89.

O critério de racionalidade pela colaboração demonstra que há probabilidade de acordo quando “ambas as partes apresentarem semelhantes margens de intersecção entre as expectativas de valor”<sup>594</sup>, isto é, quando ocorrer convergência nas expectativas; possível por meio do sistema de estabilização que valorize o diálogo e autonomia das partes no tratamento dos seus próprios conflitos.

Pelo exposto, ressalta-se a importância da Teoria Econômica ao antecipar o comportamento e as estratégias dos litigantes que de outro modo permaneceriam desconhecidos, auxiliando o Ordenamento Jurídico a construir o sistema de estabilização dos conflitos baseado no incentivo à estratégia cooperativa, segundo orienta Azevedo:

Em suma, a relação de cooperação com competição em um processo de resolução de disputas não deve ser tratada como um aspecto ético da conduta dos envolvidos, e sim por um prisma de racionalidade voltada à otimização de resultados. Isto é, se em uma relação continuada uma das partes age de forma não cooperativa, esta postura deve ser examinada como um desconhecimento da forma mais eficiente de ação para seu conflito - seja por elevado envolvimento emocional, seja pela ausência de um processo maduro de racionalização. Com base na fundamentação teórica trazida pela teoria dos jogos, pode-se afirmar que nas dinâmicas conflituosas de relações continuadas (ou a mera percepção de que determinada pessoa encontra-se em uma relação continuada) as partes têm a ganhar com soluções cooperativas. Merece destaque também que, por um prisma puramente racional, as partes tendem a cooperar não por razões altruístas mas visando a otimização de seus ganhos individuais.<sup>595</sup>

Portanto, segundo a teoria dos jogos, se o comportamento dos jogadores pode influenciar significativamente o resultado, o mecanismo da mediação, na medida em que valoriza a comunicação entre as partes, mostra-se apto a incentivar a conduta pautada na estratégia cooperativa presente na abordagem do “ganho x ganho”.

Como consequência da revolução do conhecimento pela teoria dos jogos, em especial do equilíbrio de Nash, é possível que ambas as partes percam, mas também resulta mais fácil que ambas ganhem, desde

---

<sup>594</sup> BAGGENSTOSS, 2015.

<sup>595</sup> AZEVEDO, André Gomma de. **Manual de Mediação Judicial**. 4 ed. Ministério da Justiça: Brasil, 2013, p. 62-63.



que os dois não obtenham tudo o que querem, mas sim que cada um consiga mais benefícios além daqueles que provavelmente obteriam lutando.<sup>596</sup>

Na mediação, os jogadores, até porque se deixam voluntariamente submeter-se a esse tipo de mecanismo, bem como por causa da presença do mediador, são incentivados a colaborarem entre si para concluírem acordos satisfatórios, criando estratégias cooperativas para que ambos tenham resultado diferente de zero. E, desta forma, a inclusão da estratégia cooperativa, vislumbrada na mediação, contribui para a exequibilidade do direito ao acesso à justiça na medida em que abandona a ideia de acesso limitado aos Tribunais, numa tempestiva e efetiva estabilização dos conflitos. No mesmo sentido, Gladys Álvarez, discorre:

É necessário encarar a resolução alternativa de disputas como uma nova política necessária na administração da justiça. Por isso é que a incorporação destes mecanismos para resolver conflitos sociais é uma das funções que o Estado Moderno deve cumprir em nossos dias. A tolerância, a solução negociada e a busca do consenso são partes importantes da nacionalidade republicana. Por isso, são bem vindas as novas formas de fortalecer o diálogo e a solução civilizada dos conflitos, sem necessidade de seguir recarregando o sistema judicial [...].<sup>597</sup>  
(Tradução nossa).

A busca pela satisfação e benefícios mútuos denota a diferença do jogo competitivo do processo, cujo formato em sua estrutura não estimula o comportamento cooperativo entre os jogadores, ao passo que

---

<sup>596</sup> No mesmo entendimento: URY, William L. **Alcanzar la paz: diez caminos** para resolver conflictos en la casa, el trabajo y el mundo. Argentina: Paidós, 2000.

<sup>597</sup> Original: Es necesario encarar la resolución alternativa de disputas como una nueva política necesaria en la administración de justicia. Por ello es que la incorporación de estos mecanismos para resolver conflictos sociales es una de las funciones que el Estado moderno debe cumplir en nuestros días. La tolerancia, la solución negociada y la búsqueda del consenso son parte importante de la nacionalidad republicana. Por ello, son bienvenidas las nuevas formas de fortalecer la capacidad del diálogo y la solución civilizada de los conflictos, sin necesidad de seguir recargando el sistema judicial [...].  
ÁLVAREZ; HIGHTON; JASSAN, 1996, p. 33-34.

a mediação construída como o jogo cooperativo orienta a comunicação bidirecional entre as partes com vistas a conciliar interesses e não posições.

Ainda que no Processo Civil ocorram preliminarmente as audiências conciliatórias as quais visam acordos, a cooperação não parte dos litigantes, tampouco é proposta somente por eles, que sofrerão estímulos do terceiro conciliador. Diferentemente, na mediação, os próprios participantes serão os responsáveis pelas concessões, de modo que para que haja êxito, as estratégias devem ser baseadas numa cooperação.

Portanto, partindo do comportamento dos jogadores e das recompensas, a Teoria Econômica dos jogos descreve a estrutura tensionada entre o autor e réu no processo civil como o jogo competitivo e com resultado de soma zero, incentivando os participantes a elaborarem estratégias não colaborativas. Ao contrário, na mediação, cuja comparação recorda ao jogo cooperativo com *payoff* diferente zero, porque não há imposição Estatal, as partes não se encaram como inimigas, sendo facilitadas pelo diálogo por meio do mediador, com vistas à maximização dos ganhos coletivos.

#### **4.5.3 A mediação como mecanismo de estabilização dos conflitos pela forma da justiça coexistencial e o alcance na exequibilidade do acesso à justiça**

Para tornar o acesso à justiça mais adequado, deve-se experimentar a transição no modelo de justiça institucionalizada para justiça coexistencial. Há, atualmente, a ideologia jurídica institucional intrínseca a “formação dos atores do Direito”<sup>598</sup> e disseminada na sociedade que é a compreensão restrita de acesso à justiça como direito de recorrer para praticamente tudo ao Poder Judiciário. Neste âmbito, importante repensar o modelo heterocompositivo da jurisdição, tomando-se consciência da pacificação, independe da via, tendo em vista que o conteúdo do acesso à justiça é mais que amplo a proteção judiciária pelos Tribunais, porque as partes também necessitam ter garantido a efetiva estabilização dos conflitos.

---

<sup>598</sup> Para confirmação, basta analisar os currículos das diferentes Universidades Brasileiras e comparar os vários semestres que ofertam matérias jurídicas referentes ao Processo Civil, aos poucos, quando existentes, semestres que disciplinam as matérias sobre os métodos alternativos.

Em que pese teoricamente o conteúdo do acesso à justiça gravite culturalmente no sentido restrito de acesso ao Poder Judiciário com parâmetros quantitativos de resultados, reitera-se que também o resta fundado na lógica do “ganhador x perdedor”. Não obstante, a exequibilidade do acesso só pode ser feita a partir do novo enfoque de justiça coexistencial que dialoga com os outros meios de solução dos conflitos, e que complementa as orientações defendidas nas Seções anteriores sobre a ideia de que “conceito de acesso que não pode significar apenas o direito formal de invocar a jurisdição, mas o direito a uma decisão justa, pois não fora assim, toda apreciação do seu mérito seria vazio de conteúdo valorativo.”<sup>599</sup>

A nossa cultura privilegia o paradigma “ganhar x perder” que funciona com a lógica binarista, na qual a disjunção e a simplificação limitam as opções possíveis. A discussão e o litúgio – como método para resolver diferenças – dão origem às disputas nas quais usualmente uma parte termina ganhadora, e a outra, perdedora. Essa forma de colocar as diferenças, como salienta Dora Fried Schnitman “empobrece o espectro de soluções possíveis, dificulta a relação entre as pessoas envolvidas e gera custos econômicos, afetivos e relacionais.”<sup>600</sup>

Assim, o modelo tradicional de estabilização dos conflitos, pautado na jurisdição do Processo Civil, tem como escopo anunciar um vencedor e um vencido, obtendo disso, a dissolução do vínculo social. O sistema processual na medida em que sua estrutura é competitiva, não permite a estratégia cooperativa vislumbrada na concessão mútua quanto a bens disponíveis entre as partes, já que o fato de cada um buscar o melhor para si levará a uma situação que não é melhor para todos.

De outro norte, a justiça coexistencial ou conciliatória, que se subsumi aos métodos alternativos, satisfaz as partes por sanear as possíveis divergências criadas pelos conflitos e preservar as relações interpessoais. Os contextos de resolução alternativa pela justiça coexistencial invertem o paradigma “para a estratégia da co-participação responsável e admitem a singularidade de cada participante no conflito para ganhar conjuntamente.”<sup>601</sup>

O parâmetro da justiça coexistencial não está fundamentado na polarização ganhador x perdedor, ela se mostra tendente ao binômio

---

<sup>599</sup> SILVA, José Afonso da. Acesso à justiça e cidadania. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 9-23, abr./jun., 1999, p. 14.

<sup>600</sup> SCHNITMAN, 1999, p.18.

<sup>601</sup> SCHNITMAN, loc. cit.

“ganhador x ganhador” com a obtenção do consenso, antes do que uma condenação, evitando o acirramento dos ânimos.

Logo, a mediação presente no enfoque da justiça coexistencial amplia o restrito conceito de acesso à justiça e conduz ao caminho diverso da lógica binária entre ganhar e perder, pois observa a singularidade de cada participante nos conflitos, considerando as opções de ganhar conjuntamente, construindo em comum o tratamento colaborativo e consensuado. A justiça coexistencial, por alimentar o acesso à justiça por métodos alternativos, transcende o binômio, “ganhador x perdedor”, da teoria do processo e legitima a análise do “ganhador x ganhador” por meio da mediação em prol da pacificação.

A exequibilidade do direito ao acesso à justiça, pelo enfoque da justiça coexistencial, abandona a ideia de acesso limitado aos Tribunais, pelo acréscimo de outros mecanismos de estabilização dos conflitos, em prol da contracultura ao modo adversarial e à tendência a judicialização das sociedades atuais.

Nesse sentido, se o modelo da tutela jurisdicional pelo Processo Civil acirra a “cultura da litigância que se torna um entrave à concretização do direito fundamental ao acesso à justiça”<sup>602</sup>, a forma mais segura de tornar exequível o acesso à justiça se dá pelo enfoque da justiça coexistencial encontrada no método alternativo da mediação, cuja ultrapassagem, é delineada com base no comportamento estratégico dos litigantes.

A discussão, portanto, vai além do averiguar a necessidade de novas reformas no processo civil, a fim de que dele se extraia maior efetividade, outorgando-se ao interessado a prestação jurisdicional tempestiva. A solução para os problemas do acesso à justiça passa, hoje, por outras instâncias que não somente a análise jurídica processual. Isso porque, o modelo tradicional de acesso à justiça, em sua versão clássica, baseada na tutela jurisdicional, ainda se mostra insuficiente para dar conta em nível razoável e efetivo de todas as demandas conflituosas.

Portanto, todos estão conscientes de que o Poder Judiciário carece de profunda reforma, precisando repensar a forma de justiça tradicional e restrita, para adotar a função de viés cooperativo presente na mediação. Isso porque o mecanismo da mediação transforma o paradigma vigente do “ganhador x perdedor” em apenas ambos ganhadores, experimentando o exercício de uma “pedagogia para o

---

<sup>602</sup> LUCENA FILHO, 2012, p. 17-18.

civismo”<sup>603</sup>, e, assim, quebrando o pseudo paradigma do Poder Judiciário arraigado na tutela processual competitiva.

#### 4.6 A RESOLUÇÃO 125 DO CNJ E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO MEDIDAS DE INCENTIVOS À ESTRATÉGIA COOPERATIVA

No movimento de conscientização quanto à economia de massa presente na judicialização das demandas, a qual gera a crise de ineficiência experimentada pelos Tribunais Brasileiros, tem sido implantadas medidas com escopo de tornar o acesso à justiça mais exequível, incentivando os “jogadores” a elaborarem estratégias de ganhos mútuos.

A instituição de políticas públicas para solução adequada dos conflitos mediante a participação das partes na busca do resultado que satisfaça seus interesses de modo a preservar o diálogo e propiciar a justiça coexistencial, teve seu *standard* em novembro de 2010, com a edição, pelo CNJ, da Resolução n. 125. Além da Resolução CNJ 125, o NCPC e a Lei de Mediação formam o minissistema Brasileiro de métodos consensuais de solução de conflitos, sendo suas normas complementares naquilo em que não conflitarem. Se houver conflito, as normas da Lei Mediação prevalecem por se tratar de lei posterior e específica.

A Resolução n. 125 instituiu a Política Judiciária Nacional no tratamento das controvérsias, incumbindo aos Órgãos oferecerem mecanismos, em especial os chamados meios consensuais como a mediação, bem como prestarem atendimento e orientação ao cidadão. A Resolução é composta por dezenove artigos, distribuídos em quatro capítulos, os quais versam sobre a política pública de tratamento adequado de interesses (capítulo I); atribuições do CNJ (capítulo II); atribuições dos Tribunais (capítulo III) e do Portal de Conciliação (capítulo IV). Contém, ainda, anexo I, que dispõe sobre cursos de capacitação e aperfeiçoamento para magistrados e servidores; anexo II, que cuida de sugestões de procedimentos a serem adotados nos setores de solução pré-processual e processual; anexo III, que traz o Código de

---

<sup>603</sup> VIANNA, 1999, p. 153.

Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais; e o anexo IV, que cuida dos dados estatísticos.<sup>604</sup>

De forma didática, o autor Kazuo Watanabe ressalta pontos relevantes da Resolução os quais convergem ao debate proposto nesta dissertação, no sentido de que com a medida se alcança: a) atualização do conceito de acesso à justiça, não como mero acesso aos órgãos judiciários e aos processos contenciosos, e sim como acesso à ordem jurídica justa; b) direito de todos os jurisdicionados à solução dos conflitos de interesses pelos meios mais adequados a sua natureza e peculiaridade, inclusive com a utilização dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos como a mediação e a conciliação; c) obrigatoriedade de oferecimento de serviços de orientação e informação e de mecanismos alternativos de resolução de controvérsias, além da solução adjudicada por meio de sentença [...].<sup>605</sup>

O advento da Resolução tem por finalidade fomentar a substituição da solução adjudicada dos conflitos cujo critério gera a chamada “cultura da sentença”, por outros mecanismos consensuais tais como a mediação, como forma de ascensão da cultura da pacificação.

Entretanto, apesar dos esforços do CNJ, o qual deu importante passo para estimular estratégias cooperativas entre as partes, tornam-se indispensáveis pesquisas empíricas quanto ao impacto quantitativo da Resolução na busca por um acesso à justiça eficiente, isto é, na verificação prática se o direito ao acesso à justiça ainda esbarra na mentalidade dos usuários e dos atores jurídicos, os quais se habituaram ao pseudo - paradigma da solução das demandas somente pelo Poder Judiciário. A falta de formação educacional da população e dos profissionais do Direito para dirimir os problemas por meio dos métodos consensuais ainda representa o maior obstáculo para efetivação da política nacional do tratamento alternativo aos conflitos.

Avançando sobre as medidas, recente alteração no Código de Processo Civil, pela Lei n. 13.105 de 16 março de 2015, representa passo histórico em direção a mais completa constitucionalização dos

---

<sup>604</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução N° 125 de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 27 out. 2015.

<sup>605</sup> WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para o tratamento adequado dos conflitos. **Revista do Processo**, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/conciliacao/nucleo/parecerdeskazuowatanabe.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2015.

meios consensuais, na medida em que se incorpora nova ideologia; nova forma de compreender a dogmática processualista civil sintonizando as regras legais com os princípios constitucionais. Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, há, principalmente, dois eixos temáticos bem definidos: “Estado Constitucional; tutela de direitos e processo justo.”<sup>606</sup>

No que tange ao NCPC, o código trouxe duas transformações que visam à aproximação das partes sem a confrontação dos interesses. A primeira transformação, parte da saturação da jurisdição, incluindo a mediação no sistema processual como fórmula capaz de solucionar adequadamente certos tipos de conflitos. Espalhada por diversos artigos, a mediação deve ser estimulada por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.<sup>607</sup>

Além disso, no Livro III, cujo título refere-se aos sujeitos do processo, encontram-se orientações para que os Tribunais criem Centros Judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões de mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.<sup>608</sup>

Já no tocante ao procedimento de mediação consta que na petição inicial deve-se indicar a opção pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação, e, se o documento preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designa audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.<sup>609</sup>

Como se percebe, o NCPC, seguindo a orientação prevista pela Resolução 125 do CNJ, traz a atividade de mediação para o interior da estrutura do Poder Judiciário, sem excluir, contudo, a mediação prévia

---

<sup>606</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: Crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 60.

<sup>607</sup> Texto retirado do art. § 3º da Lei 13.105 de 16 março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 25 out. 2015.

<sup>608</sup> Texto retirado do art. 165 da Lei 13.105 de 16 março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 25 out. 2015.

<sup>609</sup> Textos retirados, respectivamente, dos arts. 319, VII e 321, da Lei 13.105 de 16 março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 25 out. 2015.

ou mesmo a possibilidade de utilização de outros meios de solução de conflitos, conforme art. 175 do NCPC.<sup>610</sup>

A nova dinâmica processual relaciona-se com o papel pedagógico exercido pelo Poder Judiciário, como o condutor dos primeiros passos rumo à institucionalização dos meios alternativos de solução de conflitos, mas que tende a se retirar quando as partes se revelam preparadas para caminhar por conta própria e decidindo sobre a melhor forma de solucionar seus conflitos.

A segunda transformação diz respeito à instrumentalização, conforme os arts. 6º, 9º e 10 da Lei 13.105 de 16 março de 2015<sup>611</sup>, ao Princípio da Cooperação, cuja ideia reformula o processo civil adversarial para o modelo cooperativo, colaborativo, ou participativo e reconfigura a participação das partes e do magistrado no processo.

Após os modelos de organização “inquisitorial” e “adversarial” a estrutura cooperativa do Processo Civil engloba os dois aspectos anteriores, trazendo inovação na relação jurídico-processual intersubjetiva e servindo de base à moderna processualística. De origens que remetem ao Direito Alemão e Português, o processo cooperativo:

[...] parte da ideia de que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana. Indivíduo, sociedade civil e Estado acabam por ocupar, assim, posições coordenadas. [...]. Por essa vereda, o contraditório acaba assumindo novamente um local de destaque na

---

<sup>610</sup> Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes que poderão ser regulamentadas por lei específica. Lei 13.105 de 16 março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 25 out. 2015.

<sup>611</sup> Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Art. 10. O juiz não pode decidir em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 25 out. 2015.



construção do formalismo processual, sendo instrumento ótimo para a viabilização do diálogo e da cooperação no processo, que implica, de seu turno, necessariamente, a previsão de deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional (deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio). O juiz tem o seu papel redimensionado, assumindo uma dupla posição: mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico no quando da decisão da causa. A boa-fé a ser observada no processo, por todos os seus participantes (entre as partes, entre as partes e o juiz e entre o juiz e as partes), é a boa-fé objetiva, que se junta à subjetiva para a realização de um processo leal. A verdade, ainda que processual, é um objetivo cujo alcance interessa inequivocamente ao processo, sendo, portanto, tarefa do juiz e das partes, na medida de seus interesses, persegui-la.<sup>612</sup>

O ponto nevrálgico da cooperação, revelando o viés Democrático, está relacionado à participação, isto é a “garantia de ser ouvido, de participar do processo, comunicar, poder falar no processo, como conteúdo mínimo, mas também influenciar a decisão do órgão jurisdicional.”<sup>613</sup>

Nesse âmbito, o processo não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a possibilidade de influenciar no conteúdo da decisão, e, por isso, o contraditório ganha maior relevância neste contexto. Decisões tomadas no ambiente Democrático com a participação direta das partes na gestão do processo tornam-se mais justas e dimensionadas na perspectiva constitucional.

Além disso, derivado do “princípio do processo legal, boa-fé processual e do contraditório, o princípio da cooperação prestigia poderes-deveres das partes e do órgão jurisdicional”<sup>614</sup>, os quais se desdobram em: a) esclarecimento: se o magistrado estiver em dúvida

---

<sup>612</sup> MITIDIERO, 2011, p. 114.

<sup>613</sup> DIDIER JR, Fredie. **O projeto do novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 57.

<sup>614</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi. O projeto do novo Código de Processo Civil (NCPC) e o princípio da cooperação intersubjetiva. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). **O projeto do novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 484.

sobre o preenchimento do requisito processual de validade deve providenciar esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a extinção do processo; b) prevenção: confere ao magistrado o dever de apontar as deficiências das postulações das partes para que possam ser supridas; c) consulta: não pode o órgão jurisdicional decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida de ofício, sem antes oportunizar as partes que se manifestem; d) auxílio: consiste no dever de auxiliar as partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais.<sup>615</sup>

Com base nos preceitos estabelecidos, resta claro que o princípio da cooperação que transforma o processo civil em colaborativo quer se referir à matriz estritamente processual de poderes-deveres entre os atores geracionais e não de colaboração para a concessão mútua do direito material disponível.

Logo, se a estrutura do processo civil compara-se ao jogo e foi construída para o embate, incentivando o agir competitivo entre as partes, não há como atribuir aos jogadores o dever de colaborarem entre si para maximizar ganhos individuais, pois, se assim o fosse não estariam no exercício deste mecanismo de estabilização dos conflitos. Seguindo este entendimento, Lenio Streck critica a inserção na dogmática processual da tese de que as partes devem colaborar entre si, ressaltando que o NCPC apostou em Rousseau, quando a lógica da natureza humana fixa-se em Hobbes. Além disso, destaca que supor cooperação no Processo Civil é distanciar-se da realidade, sem considerar que no processo há “verdadeiro embate (luta, confronto, enfrentamento), razão pela qual as partes e seus advogados valem-se – e assim deve ser – de todos os meios legais a seu alcance para atingirem um fim parcial”<sup>616</sup>. Logo, inexistente “espírito filantrópico” que guarneça as partes no desenvolvimento do processo, pois o que cada sujeito de direito ambiciona é resolver a questão em seu favorecimento e, em prejuízo ao adversário.

Portanto, a cooperação a que alude o NCPC enquadra-se na perspectiva processual dos deveres entre as partes e não material de acordo sobre os bens disponíveis, mostrando-se positiva no tocante a

---

<sup>615</sup> Poderes e deveres encontrados: DIDIER JR, 2012, p. 91-93.

<sup>616</sup> Para maiores informações, vide: STRECK, Lenio Luiz et al. **A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição**. 23 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em: 28 out. 2015

inserção da ideia de colaboração em todo sistema. Entretanto, seguindo a lógica da teoria dos jogos, defende-se que há “apropriação indevida” dos termos da cooperação no NCPC, pois embora a expressão demonstre avanço em tentar diminuir a carga de duelo presente no Processo Civil, deve ser reservada ao instituto da mediação que, pela sua natureza não adversarial, admite a estratégia colaborativa entre as partes.



## CONCLUSÃO

O estudo teve como propósito abordar as possibilidades em tornar o acesso à justiça mais exequível, reduzindo a incidência do modelo competitivo da dogmática Processual Civil Brasileira para outro modelo que inclua a estratégia cooperativa, desenvolvida pela mediação entre as partes.

Com o escopo de alcançar o objetivo geral de transposição paradigmática nos métodos de tratamento dos conflitos, explicou-se, no primeiro Capítulo, o conflito como evento sociológico, intrínseco à natureza humana, o qual não pode ser eliminado juridicamente, mas tão somente estabilizado, razão pela qual a história da sociedade foi marcada pela guerra de todos contra todos. Nesse sentido, a fim de “frear” as controvérsias e assegurar o mínimo de convivência entre os indivíduos, a sociedade, seguindo a fundamentação em Thomas Hobbes, formaliza o poder comum acima dela. Disso resultou o contrato social, o qual permitiu a passagem do estado de natureza primitivo para criação da sociedade civil e da figura abstrata do Estado, legitimando ao ente estatal o uso da força e a submissão da obediência às suas regras.

Para garantir a estabilização dos conflitos, o Estado, atribui o monopólio legítimo do uso da força ao Órgão do Poder Judiciário que, substituindo a vontade das partes, exerce de modo heterocompositivo a função da jurisdição, “eliminando” o conflito através da sentença que dita quem supostamente detém o melhor Direito. Ocorre que a oferta monopolística de justiça pelos Tribunais, segundo a garantia de que nenhuma lesão ou ameaça do direito será afastada da apreciação pelo Poder Judiciário, prevista no art. 5º XXXV da CRFB, criou culturalmente a ideia de que o Estado - Juiz detém competência exclusiva no tratamento dos conflitos.

Especificamente, o paradigma do Direito, o qual confunde acesso à justiça com tutela jurisdicional prestada pelo Poder Judiciário, reflete a imagem da sociedade Brasileira que está acomodada naquilo que se chama “cultura da sentença”. Isso porque, segundo os dados do CNJ, a jurisdição tem sido praticamente o único meio buscado pelos indivíduos no tratamento das suas contendas, motivo pelo qual o direito de acesso à justiça se torna sinônimo da via institucionalizada pelo Poder Judiciário.

Partindo deste pressuposto, buscou-se desenvolver o conceito do acesso à justiça para além da gestão restrita pelo Poder Judiciário como direito à estabilização dos conflitos pelos mecanismos alternativos da justiça coexistencial ou conciliatória. Para isso, discorreu-se sobre a passagem histórica nos papéis do Estado, desde o Estado Liberal, e o

sentido restrito de acesso à justiça confundido com tutela jurisdicional, Estado Social e a conotação mais ampla de acesso à justiça, a qual se orienta por diversos mecanismos equivalentes à terceira “onda” e, o Estado Democrático de Direito, na sua acepção integral de acesso à ordem jurídica justa.

Neste momento, enquadrou-se o acesso à justiça no movimento de “terceira onda”, responsável pela inclusão de meios alternativos, dos autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, e, também, no rol do Estado Democrático como direito do cidadão acessar várias formas de tratamentos dos conflitos, dos autores Ada Pellegrini Grinover e Kauzo Watanabe.

No tocante a natureza jurídica do acesso à justiça, estabeleceu-se, no plano internacional, como Direito Humano e, no âmbito nacional Brasileiro, como Direito fundamental de proporcionar aos cidadãos a tutela de diversos meios no tratamento das controvérsias. Ademais, apresentou-se a versão gerencial da “justiça em números” implantado pelo CNJ como a nova maneira de conceber o acesso à justiça, fixado sob os ideias de eficiência na gestão dos conflitos prestada pelo Poder Judiciário.

Por fim do primeiro Capítulo, demonstraram-se os obstáculos ao efetivo acesso à justiça de ordem econômica, social e cultural, a fim de verificar que a criação de novas instituições não é abordagem suficiente para tornar exequível o direito de acesso à justiça, bem como questionar o modelo vigente de justiça tradicional pelo Processo Civil ofertada pelo Poder Judiciário.

Assim, fixou-se a premissa de que para maior exequibilidade do acesso à justiça torna-se indispensável experimentar a redução do modelo da justiça tradicional, até porque os Tribunais não conseguem atender de forma célere a excessiva judicialização das demandas. Desse modo, apresentou-se, no segundo Capítulo, o marco teórico da Microeconomia denominado de teoria dos jogos, enquanto teoria interdisciplinar da Ciência Econômica, capaz de auxiliar a união entre acesso à justiça e outros meios de solução dos litígios.

Explicou-se sobre os primeiros contornos da simbiose entre Direito e as Ciências Econômicas, em especial, a resistência dos juristas Brasileiros na aplicação da interdisciplinaridade, em razão da diferente linguagem matemática, base empírica e científica, empregada pelos economistas e pouco aplicáveis pelos profissionais do Direito.

Após, avançou-se à consolidação da AED enquanto Disciplina autônoma desde o ano de 1960, com a publicação dos artigos de Guido Calabresi, Ronald Coase até os escritos de Richard Posner. Explicou-se

que a AED, ainda que dividida entre as Escolas Tradicional de Chicago, Neoinstitucional ou *Property Rights*, Escola Pública ou *Public Choice* e Estudos da Crítica Jurídica, é, em geral, caracterizada pelo emprego da metodologia da Ciência Econômica no Direito a fim de auxiliar os atores jurídicos no exame dos problemas, ainda que estes não tenham o caráter econômico.

Segundo a metodologia empregada pela AED, os recursos são escassos e, frente a escassez, os homens comportam-se como seres racionais e individualistas, o que significa dizer que tomam decisões baseadas na análise do custo e benefício. No tocante a racionalidade, demonstrou-se que, atualmente, vigora a lógica da racionalidade limitada, no sentido de que as decisões não são construídas livres das emoções e dos valores, mas sempre presumem que os sujeitos possuem objetivos e adotam mecanismos razoavelmente aptos à alcançá-los.

Além da metodologia da AED, diferenciou-se a AED positiva, a qual descreve a realidade, da normativa, a qual prescreve como deve ser a realidade, como base para trabalhar a noção da Fábula da Tragédia dos Comuns de Garrett Hardin e dos custos de transação propostos pelo teorema de Ronald Coase.

A fábula da tragédia dos comuns de Garrett Hardin foi trabalhada sob a ideia de que os benefícios individuais são conquistados a partir de um custo coletivo, o qual serviu de base para discutir a limitação de recursos financeiros por parte do Poder Judiciário e o aumento na demanda de ações judiciais, como ambiente judicial de exploração dos usuários do Sistema Judicial.

Já os custos de transação, propostos pelo teorema de Ronald Coase, tem como escopo apresentar a noção de barganha entre as partes, em especial quando os custos de transação são iguais a zero, de forma que o acordo privado representa um custo social menor do que quando acionado o Poder Judiciário.

Também como elemento da AED examinou-se o instrumento Microeconômico da teoria dos jogos como estudo do comportamento estratégico dos jogadores, o qual oscila entre a competição e a cooperação. Especificamente, a estrutura da teoria dos jogos comporta o elemento jogo que é a situação de interdependência entre as pessoas; os jogadores que são os sujeitos ou grupos que interagem e tomam decisões racionais; as estratégias que preveem os ganhos e as perdas potenciais são competitivas ou cooperativas; e os *payoffs* ou resultados que se obtêm depois de encerrado o jogo.

Por último, no segundo Capítulo, foram apresentadas as espécies de jogos, dentre as principais, destacaram-se os jogos competitivos e o

respectivo exemplo do “Dilema dos Prisioneiros” e os jogos cooperativos com a modalidade da “Caça ao Cervo”. Nos jogos competitivos não há comunicação entre os participantes e a estratégia dominante se dá pela não cooperação entre os jogadores. Neste tipo de jogo competitivo aperfeiçoam-se os resultados através da diminuição na possibilidade de perda e, ao mesmo tempo, na maior desvantagem possível ao adversário, cujo resultado soma zero ou nulo, pois cada jogador ganha exatamente o que o outro perde.

Já nos jogos cooperativos há comunicação prévia entre os jogadores, a qual permite manter como estratégia dominante o diálogo e a barganha no convencimento do outro para juntos colaborarem. Por consequência, nesta espécie de jogo, o resultado será uma soma diferente de zero, o que significa não existir ganhador e perdedor, porquanto a interação colaborativa resulta no ganho para os dois participantes.

Esclarecida a teoria de base, procedeu-se, no último Capítulo, a discussão sobre o Poder Judiciário Brasileiro no tocante à dificuldade de tratar os conflitos de maneira a satisfazer qualitativa e quantitativamente os anseios da sociedade quanto ao acesso à justiça. Para isso, evidenciou-se o crescente fenômeno da judicialização que é o aumento das demandas, especialmente, de cunho político e a categorização em litigâncias abusivas, quais sejam; as frívolas ou ações de baixo êxito e habituais ou repetitivas que ocasionam as crises de litigiosidade e morosidade nos Tribunais.

Além disso, enquadrou-se a justiça como recurso público, demonstrando-se os altos custos de transação para negociar sob a égide do Poder Judiciário, e por essa razão o cenário jurídico somatiza numa “tragédia” de superexploração pelos usuários do sistema.

Desse modo, entendeu-se que o problema da “tragédia” no acesso ao sistema judicial ganha proporções tais que somente a mudança no modo de conceber o acesso à justiça será capaz de reverter essa situação. Assim, com a aplicação da teoria dos jogos no Direito, procede-se a descrição dos mecanismos de estabilização dos conflitos como ambientes de jogo de estratégia entre as partes.

Especificamente, defendeu-se que, na ponderação do custo x benefício entre acordo ou processo, os litigantes tendem a optarem pelo processo no momento em que os custos imediatos sejam inferiores ao que eles esperam receber com o julgamento. E, uma vez iniciado o Processo Civil que detém natureza adversarial, a tutela jurisdicional prestada pelo Poder Judiciário incita o agir não cooperativo entre as



partes, encaixando-se no jogo competitivo e com resultado que soma zero.

Entretanto, como no modelo competitivo do Processo Civil uma parte ganha para outra perder, criando a necessidade de vencer o outro participante a qualquer custo, defendeu-se a inversão do paradigma competitivo de estabilização dos conflitos à estratégia cooperativa, mediante a inclusão de mecanismo de natureza colaborativa e de tática cooperativa entre as partes, como no caso da mediação. Nesse sentido, mais uma vez a teoria do jogos foi importante, pois proporcionou a ideia de que a cooperação é a melhor jogada entre os litigantes, mas, para isso, deve existir sistema judicial compatível com a técnica colaborativa.

O sistema compatível com a estratégia cooperativa defendido então, é a mediação, porque, diferentemente do Processo Civil, arbitragem e conciliação, a técnica é autocompositiva, uma vez que permite a estratégia baseada no diálogo e na barganha e, ainda, o terceiro (mediador) encontra-se entre os participantes, procurando aproximá-los sem impor verticalmente qualquer decisão. Nesse sentido, a dinâmica da mediação se orienta no agir colaborativo e, por consequência, a abordagem se enquadra como jogo cooperativo, cujo *payoff* é diferente de zero, pois permite a ambos participantes terem maiores ganhos.

Assim, ainda que seja imprescindível a justiça tradicional prestada pelo Poder Judiciário nos moldes do Processo Civil, buscou-se a ampliação deste tipo de justiça para a maneira coexistencial, presente na mediação, tendo em vista a ampliação do acesso à justiça para outros mecanismos de tratamentos dos conflitos.

A partir da ampliação no sistema de tratamento dos conflitos é possível trabalhar para além da lógica do “ganhador x perdedor” e traçar políticas públicas sérias voltadas à demonstração de que a cooperação entre as partes em conflito não só poderá resolver, com menores custos de transação o litígio, como também possibilitará às partes um ganho maior do que o esperado.

Portanto, conclui-se que a aplicação da teoria dos jogos no Direito contribui para maior exequibilidade do acesso à justiça na medida em que descreve o comportamento dos litigantes no Processo Civil de forma competitiva e subsidia o modelo da mediação, cuja natureza vincula-se à estratégia cooperativa.



## REFERÊNCIAS

ACLAND, Adrew Floyer. **Como utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones**. Barcelona-Buenos Aires-México: Ediciones Paidós, 1990.

\_\_\_\_\_. **Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones**. Barcelona – Buenos Aires – Mexico: Paidos, 1993.

AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e Justiça Restaurativa: a humanização do Sistema Processual como forma de realização dos princípios constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. As tragédias dos comuns e anticomuns. In: RIBEIRO, Maria Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Org.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 49-61.

ALBUQUERQUE, Luiz. **Introdução ao estudo da Análise Econômica do Direito**. Disponível em:

<[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2006/Docentes/pdf/Luiz.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2006/Docentes/pdf/Luiz.pdf)>. Acesso em: 16 set. 2014.

ALMEIDA, Flávio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputas. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2, p. 160-180.

\_\_\_\_\_. Flávio Portela Lopes de. **Democracia e constitucionalismo: perspectivas metodológicas a partir da Teoria dos Jogos**. São Paulo: Instituto Comportamento Evolução e Direito, 2005. v.1.

ÁLVAREZ, Gladys S.; HIGHTON, Elena I. Highton; JASSAN, Elías. **Mediación y Justicia**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1996.

ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. **Acesso à Justiça em preto e branco: retratos institucionais da defensoria pública**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

ALVIM, Thereza. **O direito processual de estar em juízo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.

ANNONI, Danielle. **O direito humano de acesso à justiça no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando**. São Paulo: Moderna, 1993.

ARAÚJO, Antonio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ARAÚJO, Juliana Cristina Busnardo de; BALTAZAR, Eloína Ferreira. Análise Jurimétrica da conciliação: sanção positiva do direito na promoção da eficiência econômica. In:

ARENHART, Fernando Santos. **Análise econômica da litigância: teorias e evidências**. 2009. 117f. Monografia (Graduação em Economia) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

ARISTÓTELES. **Política**. 3 ed. Brasília: Unb, 1997.

ARNAUD, André Jean (Org.). **Dicionário Enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AXELROD, Robert M. **A Evolução da cooperação**. Tradução de Jusella Santos. São Paulo: Leopardo, 2010.

AZEVEDO, André Gomma de. **Manual de Mediação Judicial**. 4 ed. Ministério da Justiça: Brasil, 2013.

BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. **Breves considerações acerca da análise econômica do processo judicial**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=363b688b0469919e>>. Acesso: 20 out. 2015.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5 ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito de Estado**, São Paulo, v. 13, p. 71-91, dez. 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 125 de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 27 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em números 2014: ano-base 2013. Brasília: CNJ, 2013. Disponível em: <[ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica\\_em\\_Numeros/relatorio\\_jn2014.pdf](ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf)>. Acesso 21 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Conselho Nacional de Justiça**. Justiça em números 2015: ano-base 2014. Brasília: CNJ, 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso 16 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 05 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto Nº 592, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acesso em: 08 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional Nº 19, de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm)>. Acesso em: 08 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.307/1996 Arbitragem**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)>. Acesso em: 25 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.105 de 16 março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 25 out.2015.

\_\_\_\_\_. **Lei 13. 140/2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato20152018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13140.htm)>. Acesso em: 25 out. 2015.

BECKER, Gary. **The economic approach to human behavior**. Chicago: The University of Chicago Press, 1976.

BECKER, L.A. **Qual é o jogo do processo**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

BECUE, Sabrina Maria Fadel. Teoria dos Jogos. In: RIBEIRO, Maria Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Org.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum; 2011. p. 111-120.

BERMUDES, Sérgio. **Iniciação ao estudo do direito processual civil**. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1973.

BÊRNI, D.Á. **Teoria dos Jogos**: jogos de estratégia, estratégia decisória, teoria da decisão. Rio de Janeiro: Reichmann & Affonso, 2004.

BIRNDAUM, Pierre. Conflitos. In: BOUDON, Raymond. **Tratado de Sociologia**. Tradução de Teresa Curvelo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995. p. 247-282.

BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. In: RIBEIRO, Maria Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Org.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 27-38.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

\_\_\_\_\_; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. v. 1.

\_\_\_\_\_. **O terceiro ausente**: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra. Tradução Daniela Beccacia Versiani. São Paulo: Manole; 2009.

BOCKERFORDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el estado del derecho y la democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5 ed. rev. ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOREHEIM, Jerd. Notas para o estudo de uma ética enquanto problema. In: HUHEN, Leda Miranda. **Ética**. Rio de Janeiro: Uapê/Espaço Cultural Barra, 1997. p. 246-260.

BOULDING, Kenneth Ewart. **Conflict and defense**: a general theory. Nova York: Harper and Row, 1962.

BRAGA NETO, Adolfo. Aspectos relevantes sobre mediação de conflitos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, ano 4, n. 15, p. 85-101, out. 2007.

\_\_\_\_\_. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação e o conflito. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGASTRA

NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação.** 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2008. p. 63-70.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça.** Florianópolis: Habitus, 2001.

BRUE, Stanley L. **História do pensamento econômico.** Tradução de Luciana Penteado Miquelino. 6. ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

BUBER, Martin. **Eu e tu.** Tradução Newton Aquiles Von Zuben. 8 ed. São Paulo: Centauro, 2004.

BUCHANAN, James M. **Custo e escolha: uma indagação em teoria econômica.** Tradução de Luiz Antonio Pedroso Rafael. São Paulo: Editora Inconfidentes – Instituto Liberal, 1993.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil.** 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. **La promesa de la mediación: cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento.** Argentina: Granica, 1994.

CACHAPUZ, Rozane da Rocha. **Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na Lei n. 9.307/96.** [S.l]: Editora de Direito, 2000.

CALABRESI, Guido. **El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil.** Editorial Ariel S.A, Barcelona, 1984.

\_\_\_\_\_. **Some Thoughts on risk distribution and the law of torts.** 70 Yale L. J. 499, 1961. Disponível em:  
[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss_papers). Acesso em: 17 nov. 2014

CALAMANDREI, Piero. **O processo como jogo.** Tradução Roberto Del Claro. **Revista Gênese**, Curitiba, n. 23, p. 191-290, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Prefácio. In: PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (Orgs.). **Direito e economia em dois**

**mundos**: doutrina jurídica e pesquisa empírica. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris; 1988.

\_\_\_\_\_. Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, p. 120-128, abr./maio/jun. 1992.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável. São Paulo: Cultrix; 2005.

CARDOSO, Maurício; MATSUURA, Lilian; LUCHETE, Felipe. **Sociedade deve escolher se resolve seus litígios ou paga para a justiça resolvê-los**. 11 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-11/entrevista-jose-renato-nalini-presidente-tj-sp>>. Acesso em: 12 out. 2015.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1.

CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

COASE, Ronald H. O problema do custo social. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e Economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 41-55.

\_\_\_\_\_. The Problem of Social Cost. **Law & Econ**, v. 3, p. 1-44, oct. 1960. Disponível em: <http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2014.

COELHO, Cristiane de Oliveira. **Análise Econômica do Direito enquanto Ciência**: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da



História do Pensamento Econômico. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/28914-28932-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2015.

COELHO, Fábio Alexandre. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

COELHO, Ana Cecília da Costa Silva. **A concepção da teoria dos jogos e suas implicações teóricas para as relações internacionais: limites e possibilidades**. 2012. 94f. Dissertação (Mestrado em Direito) apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

COMPARATO, Fabio Konder. A nova cidadania. **Lua nova: revista de cultura política**, São Paulo, n. 28-29, p. 85-106, 1993.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

\_\_\_\_\_; RUBINFELD, Daniel L. Economic analysis of legal disputes and their resolution. **Journal of Economic Literature**, Pittsburgh: American Economic Association, v. 27, n. 3, p. 1067-1097, set. 1989. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2726775>>. Acesso em: 12 out. 2015.

CRETELLA JUNIOR, José. Da Arbitragem e seu conceito categorial. **Revista de informação legislativa**, Brasília, n. 98, p. 127-138, abr./jun. 1998.

CUNHA, Luis Henrique. Da “tragédia dos comuns” à ecologia política: perspectivas analíticas para o manejo comunitário dos recursos naturais. **Revista raízes**, Campina Grande, v. 23, n. 01 e 02, p. 10-26, jan./dez. 2004.

DAHRENDORF, Ralf. **Sociedade e liberdade**. Brasília. Ed. Universidade de Brasília; 1981.

DAKOLIAS, Maria. **O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: Elementos para uma Reforma**. 1996. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2015.

D'AMICO, Ana Lúcia. **A contribuição da teoria dos jogos para compreensão da teoria das relações públicas: uma análise da**

cooperação. 2008. 274f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

DANTAS, Ivo. **Da defesa do Estado e das Instituições Democráticas**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989.

DAVIS, Morton D. **Teoria dos jogos**: São Paulo: Cultrix, 1973.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 08 set. 2015.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução: Maria Ermentina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DIAS, Jean Carlos. **Análise econômica do processo civil brasileiro**. São Paulo: Método, 2009.

DIDIER JR, Fredie. **O projeto do novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodvm, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução do Estudo do Direito**. São Paulo: RT, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 1.

DIXIT, A.K.; PINDYCK, R.S. **Investment under uncertainty**. Princeton: Princeton University Press, 1994.

DONOHUE III, John J. “Law and economics: the road not taken”. **Law & Society Review**, v. 22, n. 5, 1988.

DUARTE, Ronnie Preuss. **Garantia de acesso à justiça**: os direitos processuais fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. De Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ECONOMIDES, Kim (ed.). **Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”**: epistemologia versus metodologia? p. 62-76. Disponível em: < <http://gajop.org.br/justicacitada/wp-content/uploads/Lendo-as-Ondas-do-Movimento-de-Acesso-aa-Justica.pdf> >. Acesso em: 05 set. 2015.

EDITAL Conselho Nacional de Justiça 01/2009. **Temática: Diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil.** Demandas judiciais e morosidade da justiça civil. Relatório final ajustado. Elaborado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Porto Alegre, março 2011, p. 26.

Disponível em:

<[http://issuu.com/cnj\\_oficial/docs/relatorio\\_sobre\\_as\\_demandas\\_judici](http://issuu.com/cnj_oficial/docs/relatorio_sobre_as_demandas_judici)>. Acesso em: 19 out.2015.

EGGER, Ildemar. Justiça privada: formas alternativas de resolução dos conflitos. **Revista Justilex**, Brasília, ano I, n. 12, p. 52-63, dez. 2002.

\_\_\_\_\_. **Cultura da Paz e mediação: uma experiência com adolescentes.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ELTEMAN, Remo F. Métodos no pacíficos de resolución del conflictos: el litígio. **Revista Libra**, Buenos Aires, n. 3, p. 21-25, março. 2007.

FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, Ano 3, n. 9, p. 27-61, jan./mar. 2005.

FARIA, Guiomar T. Estrella. **Intrepretação econômica do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

FARIA, José Eduardo. **O poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas.** Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1996.

FARIAS, Jéferson Albuquerque. Garantia de acesso à justiça. **Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 49-61, jul. 1999.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** 1 ed. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). **O Estado de direito.** Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 417-464.

\_\_\_\_\_. **A democracia através dos direitos:** o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexandrer Araujo de Souza e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 87.

FEYERABEND, Paul. **Contra o método.** 2. ed. São Paulo: UNESP, 2011.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos:** para cursos de administração e economia. 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006a.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos jogos com aplicações em economia, administração, e ciências sociais.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2006b.

FISHER, Roger; URY, William; PANTTON, Bruce. **Como chegar ao sim:** negociação de acordos sem concessões. 2. ed. rev. e amp. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borgers. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

FLORES, Joaquim Herrera. **A (re) invenção dos direitos humanos.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. **Mediación:** resolución de conflictos. México: Limusa, 1996.

FRANK, Robert H; BERNANKE S. Bem; JOHNSTON, D. Louis. **Princípio de economia.** Tradução de Heloisa Fontoura e Monica Stefani. 4. ed. Porto Alegre: AMGH, 2012.

FREDIANI, Paolo; UZQUEDA, Ana. **La conciliazione** – Guida per la soluzione negoziale delle controversie. Milano: Giuffrè; 2002.

FREUD, Sigmund. **O mal estar da civilização.** São Paulo: Abril Cultural, 1978.

FREUND, Julien. **Sociología del conflicto.** Traducción de Juan Guerrero Roiz de la Parra. Madri: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica. D.L., 1995.

FRIEDRICH, Carl Joachim. **Perspectiva histórica da filosofia do Direito.** Rio de Janeiro: Zahar, 1965.

GALANTER, Marc. A justiça não se encontra apenas nos tribunais. In: HESPANHA, Antônio Manuel (Org.). **Justiça e litigiosidade:** histórica e prospectiva. Lisboa: Fundação Caloueste Gulbenkian, 1993. p. 59-118.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**. Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GARCIA, Jaci Rene Costa. Direito é jogo: considerações primeiras sobre a relação entre a teoria dos jogos e direito. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. **Anais eletrônicos...** p. 6373-6394. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/florianopolis/Integra.pdf>>. Acesso em: 19 out.2015.

GHERSI, Carlos Alberto. Aproximação à análise econômica do direito e suas conexões com o direito econômico. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, n. 51, ano 13, p. 249-257, jul./set., 2004.

GIBBONS, Robert. An Introduction to Applicable Game Theory. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 11, n. 1, p. 127-149, jan. 1997.

GICO JUNIOR, Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Maria Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Org.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 249-257.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.

GONÇALVES, Everton das Neves. **A Teoria de Posner e sua aplicabilidade à Ordem Constitucional Econômica de 1988**. 1997. 390 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997.

\_\_\_\_\_; STELZER, Joana. **Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial**. In: Revista Sequência. UFSC, Florianópolis, SC, Brasil, v. 35, n. 68 (2014) <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p261>>. Acesso em: 17 set. 2015.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito. In: Conferência Nacional da ALACDE, 11., 2007, Brasília. **Paper...** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25380-25382-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Eficiência e Direito: pecado ou virtude; uma incursão pela análise econômica do direito. **Revista Jurídica**, v. 1, n. 28, p. 77-122, 2012. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/412>>. Acesso em: 15 set. 2015.

GORCZEVSKI, Clovis. **Formas alternativas para resolução dos conflitos**: a arbitragem no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

GORDILLO, Agustín. **Princípios Gerais de Direito Público**. Tradução de Marco Aurelio Greco. São Paulo: Ed. RT, 1977.

GOUVEIA, Lúcio Grassi. O projeto do novo Código de Processo Civil (NCPC) e o princípio da cooperação intersubjetiva. In: DIDIER JR, Fredie (Coord.). **O projeto do novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 471-488.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária; 1996.

\_\_\_\_\_. Modernidade do direito processual brasileiro. In: \_\_\_\_\_. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 02-15.

\_\_\_\_\_. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: \_\_\_\_\_. WATANABE, Kasuo; LAGRASTRA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e Gerenciamento do Processo** - revolução na prestação jurisdicional: guia prático para instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2008. p. 2-10.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Madrid: Traurus, 1987. v. 1.

HAMEL, G; PRAHALAD, C K. **Competindo pelo futuro: estratégias inovadoras para obter o controle do seu setor e criar os mercados de amanhã**. Rio de Janeiro: Campus, 1995.

HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. **Science**, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, dez. 1968, p. 1243. Disponível em: <[http://www.garretthardinsociety.org/articles/art\\_tragedy\\_of\\_the\\_commons.html](http://www.garretthardinsociety.org/articles/art_tragedy_of_the_commons.html)>. Acesso em: 21 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Tragédia dos Comuns**. Disponível em: <[http://www.academia.edu/9163470/A\\_TRAG%C3%89DIA\\_DOS\\_COMUNS\\_por\\_Garrett\\_Hardin](http://www.academia.edu/9163470/A_TRAG%C3%89DIA_DOS_COMUNS_por_Garrett_Hardin)>. Acesso em: 21 set. 2015.

HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios. São Paulo: Visão, 1985, v. 1.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Enciclopédia das ciências filosóficas em Compêndio (1830)**. São Paulo: Loyola, 1995. v. 1.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 251, p. 139-175, maio/ago. 2009.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

\_\_\_\_\_. **Leviatã**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

\_\_\_\_\_. **Do cidadão**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

HUIZINGA, Johan. **Homo ludens**: o jogo como elemento da cultura. 2. ed. Tradução João Paulo Monteiro. São Paulo: Perspectiva, 1872-1945.

HUME, David. **Tratado da natureza humana**. Tradução de Déborah Danowski. São Paulo: Unesp, 2000.

HUXLEY, Aldous. **Admirável Mundo Novo**. Tradução de Lino Vallandro e Vidal Serrano. 5 ed. Porto Alegre: Globo, 1979.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, n. 18, p. 1-15, out. 1996.

KASMIER, Leonardo J. **Estatística aplicada à economia e administração**. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1982.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: Introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase. In: RIBEIRO, Maria Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KROEBER, Alfred; KLUCKHOHN, Clyde. **Culture**: a critical review of concepts and definitions. Cambridge, Mass: Harvard University, 1952.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1982.

LAFER, Celso. **Ensaio liberais**. São Paulo: Siciliana, 1991.

LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011. v.1.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Matrina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LEWICKI, Roy J.; HIAM, Alexander. **MBA compacto: estratégias de negociação e fechamento**. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à Justiça e os Mecanismos Extrajudiciais de Solução de Conflitos**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

LIKERT, Jane Gibson; LIKERT, Rensis. **Administração de conflitos: novas abordagens**. São Paulo: MacGraw-Hill, 1980.

LLOYD, Dennis. **A idéia da lei**. 2 ed. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: Teoria e Prática**. São Paulo: Ed. Método, 2006.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **A constitucionalização da solução pacífica de conflitos na ordem jurídica de 1988**. 2012. 163 f. (Dissertação) Mestrado em Direito -Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito (nota introdutória). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 98, v. 888, p. 9-36, out., 2009.

\_\_\_\_\_. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**: princípios de micro e macroeconomia. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

\_\_\_\_\_. **Introdução à economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância**: a maximização do acesso na busca pela efetividade. 2014, 302f. Tese (Doutorado) Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3 ed. São Paulo, Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC**: Crítica e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINELLI, Dante P.; ALMEIDA, Ana Paula de. **Negociação e solução de conflitos**: do impasse ao ganha-ganha através do melhor estilo. São Paulo: Atlas, 2006.

MARX, Karl. **A miséria da filosofia**. Tradução João Paulo Netto. São Paulo: Global, 1985.

\_\_\_\_\_. **Manuscritos Econômico – filosóficos de 1844**. Tradução de Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo Editorial; 2008.

MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à justiça**: um princípio em busca de efetivação. Curitiba: Juruá, 2009.

MAZOLI, F.F. **Relações entre o problema dos momentos e a Teoria dos Jogos estratégicos**. São Paulo: [s. n.], 1959.

MEDEIROS, Isabela. **Assistência jurídica gratuita**: cidadania e emancipação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MELLO, José Carlos Martins F. de. **Negociação baseada em estratégia**. 2. ed São Paulo: Atlas, 2007.

MENDES, Anderson de Moraes. A hora e a vez da conciliação. **Revista CEJ**, Brasília, v. 13, n. 46, p. 120-123, jul./set. 2009.

MERCADO, Pacheco Pedro. **El analisis economico del derecho uma reconstrucion teorica**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

MERCURO, Nicholas. **Derecho y Economía**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1991.

MEYERS, Albert L. **Elements of modern economia**. Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1937.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MONTEIRO, Claudia Sevilha. **O espelho de creonte** - o pluralismo epistêmico nos campos de racionalidade da decisão judicial diante das exigências pragmático formais do direito. 2006, 373f. Tese (Doutorado) -Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

MONTESQUIEU, Charles. **O espírito das leis**. 2 ed. Trad. brasileira. Brasília: UnB, 1995.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para resolução dos conflitos. 2. ed. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras complementares de processo civil**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 340-357.

MOTTA, F. C. P.; VASCONCELOS, I. F. G. **Teoria Geral da Administração**. São Paulo: Thomson, 2002.

MUELLER, Dennis C. **Public Choice**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

NALINI, José Renato. **A rebelião de toda**. Campinas: Millennium, 2008.

NASAR, Sylvia. **Uma mente brilhante**. Tradução de Sérgio Moraes Rego. Rio de Janeiro: Record, 2002.

NAVES, Candido. **Juízo Arbitral**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1925.

NEUMANN, John; MORGENSTERN, Oskar. **The theory of games and economic behavior**. Princeton: Princeton University Press, 1994.

NIETZSCHE, Friedrich. **Frammenti postumi 1887-1888**. Milão: Adelphi, 1971.

NUNES, Marcelo Guedes. **O que é jurimetria**: como se fazem boas leis. A jurimetria no serviço da advocacia. Disponível em: <<http://abjur.org.br/o-que-e-jurimetria.php>>. Acesso em: 05 set. 2015.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>>. Acesso em: 12 out. 2015.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; LANGOSKI, Deisemara Turatti. **A sustentabilidade como expressão do princípio da fraternidade**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e3d2b39d8bc215f6>>. Acesso em: 23 out. 2015.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades; BAGGIO, Moacir Camargo. Jurisdição: da litigiosidade à mediação. **Revista Direitos Culturais**, v.3. n.5. p. 113-126, dez. 2008..

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; RIBEIRO, Luiza Berlini Dornas. A litigância habitual nos Juizados Especiais em telecomunicações: a questão do “excesso de acesso”. **Revista Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 55, n. 85, p. 21-46, jan./jun. 2012.

OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Piaget, 1997.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise Económica da Litigância**. Coimbra: Almedina, 2005.

PEDROSO, Marcelo Bатуíra da C. Losso. **Liberdade e Irrenunciabilidade no direito do trabalho**: estudo dos princípios à economic analysis of law aplicados ao direito do trabalho. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 2005.

PELAYO, Manuel García. **Las transformaciones del estado contemporâneo**. Madrid: Alianza Universidad, 1996.

PESSANHA, José Américo Motta. **Os pensadores**: Sócrates. Tradução de Jaime Bruna, Libero Rangel de Andrade e Gilda Maria Reale Strazynski. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

PICKER, Randal C. **An Introduction to Game Theory and the Law**. Disponível em:

<[http://www.law.uchicago.edu/files/files/22.Picker.IntroGame\\_0.pdf](http://www.law.uchicago.edu/files/files/22.Picker.IntroGame_0.pdf)>. Acesso em: 24 set. 2015.

PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 65, n. 02, p. 29-50, fev. 2001.

PINDICK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. Tradução de Eleutério Prado. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

PINHO, D. B. **Economia e Cooperativismo**. São Paulo: Saraiva, 1997.

POLINSKY, Mitchell A. **Introducción al análisis económico del derecho**. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 1986.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 7. ed. Austin: Wolters Kluwer, 2007a.

\_\_\_\_\_. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

\_\_\_\_\_. **Para Além do Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. **A economia da justiça**, Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.

\_\_\_\_\_. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010b.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RESNIK, Michel D. **Elecciones** – una introducción a la teoría de la decisión. Traducción de Stella Villarmea y Blanca Rodríguez. Barcelona: Gedisa, 1998.

RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. Trad. de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

- RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco Correia (Org). **Os clássicos da política**. São Paulo: Ed. Ática, 1989. v.1, p. 53-77.
- RICHARDISON, G.B. **Introdução à teoria econômica**. Rio de Janeiro: Zahar, 1966.
- ROBLES, Gregorio. **La justicia en los juegos**. Madrid: Trotta, 2010.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: Teixeira, Sávio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p.30-40.
- ROCHA, José de Albuquerque. **A lei de arbitragem**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- \_\_\_\_\_. Instituições Arbitrais, In: SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). **Estudos sobre mediação e arbitragem**. Rio de Janeiro; São Paulo; Fortaleza: ABC Editora, 2003. p. 77-100.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito** – uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007.
- ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis económico del derecho**. Tradução de José Luis Pérez Hernández. México: Fundo de Cultura Econômica, 1994.
- ROSA, Luiz Fernando Franceschini da. O acesso à jurisdição brasileira e a situação do investigador estrangeiro. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos de. **Solução e prevenção de litígios internacionais II**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 200-210.
- ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Diálogos com a Law & Economics**. 2 ed. rev. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 14. ed. rev. atualizada. São Paulo: Atlas, 1990.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. 3 ed. São Paulo: Abril Cultura, 1983a.

\_\_\_\_\_. **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens**. Tradução de Lourdes S. Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1983b.

RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação no direito de família e o acesso à justiça. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Org.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 282-297.

RUMMEL, Rudolph J. **Understanding conflict and war**. New York: John Wiley and Sons, 1976. v. 2.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica: introdução e leitura externa do direito**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador do direito. **Caderno Direito FGV**, n. 22 - mar/2008. p. 15. Disponível em:

<[http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=bruno\\_meyerhof\\_salama](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1018&context=bruno_meyerhof_salama)>. Acessado em: 16 set. 2015.

\_\_\_\_\_. De que forma a economia auxilia o profissional e o estudioso do direito? **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 4-6, Jan./Jun., 2010.

SALES, Lília Maia de Moraes. A mediação de conflitos e a pacificação social. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Estudos sobre mediação e arbitragem**. Rio de Janeiro; São Paulo; Fortaleza: ABC Editora, 2007. p. 40-53.

SALLES, Carlos Alberto. Mecanismos alternativos de solução das controvérsias e acesso à justiça: inafastabilidade da tutela jurisdicional. In: FRUZ, Luiz (coord). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Moreira**. São Paulo: 2006. p. p. 779-789.

SANER, Raymond. **O negociador experiente: estratégias, táticas, motivação, comportamento, liderança**. 2. ed. São Paulo: SENAC/SP, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós modernidade**. 9 ed. São Paulo: Cortez, 2003.

\_\_\_\_\_. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Conflito e cooperação**: as vantagens da arbitragem. p. 1-16. Disponível em:  
<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=eef6f4457ee96f8b>>.  
Acesso: 25 out. 2015

SARTRE, Jean Paul. **Entre quatro paredes**. Tradução: Alcione Araújo e Pedro Hussak. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2007.

SCHMID, Alex. Early Warning of violent conflicts. In: Schmid, A. (ed): **Violent crime and conflicts**. Milan: Ispac – International Scientific and Professional Advisory Council of the un crime prevention and criminal justice programme, 1997. p. 37-52.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Tradução de Alvaro L. M. Valls. Rio de Janeiro: Vozes, 1992.

SCHNITMAN, Dora Fried. Novos paradigmas na resolução dos conflitos. In: \_\_\_\_\_; LITTLEJOHN, Stephen (Orgs.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 17-27.

SHAFFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. **The economic analysis of civil law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2005.

SILVA, Eduardo Silva da. Meios alternativos de acesso à justiça: fundamentos para uma teoria geral. **Revista Processo e Constituição**: Cadernos Galeno Lacerda de Estudos de Direito Processual constitucional, Porto Alegre, n. 1, p. 163-192, nov. 2004.

SILVA, José Afonso da. Acesso à justiça e cidadania. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, abr./jun., p. 9-23, 1999.

SILVA, Juvêncio Borges da; TAVARES NETO, José Querino. Thomas Hobbes e os fundamentos do estado absolutista. In: MEZZAROBBA, Orides (Org). **Humanismo político**: presença humanista no transverso do pensamento político. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 157-173.

SILVA, Virgílio Afonso da. Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de;

SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais**: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599.

SIMMEL, Georg. **Sociologia**. Tradução de Carlos Alberto Pavanelli. São Paulo: Ática, 1983.

SIMON, Herbert Alexander. **Comportamento administrativo**: estudo dos processos decisórios nas organizações administrativas. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1965.

\_\_\_\_\_. **Game Theory and the Concept of Rationality**. Pittsburgh: Carnegie Mellon University, 1999.

SIX, Jean François. **Dinâmica da mediação**. Tradução de Águida Arruda Barborsa, Eliana Riberti Nazareth e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Ádamo Alberto de. **A Teoria dos Jogos e as ciências sociais**. Marília: Unesp, 2003.

SPENGLER, Fabiana Marion. **O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2007. 476 f. Tese — Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007.

\_\_\_\_\_; SPENGLER NETO, Theobaldo. A Possibilidade do Tratamento de Conflitos no Âmbito do Judiciário por Meio da Teoria dos Jogos. **Revista Desenvolvimento em Questão**, Editora Unijuí, ano 2007, n. 13, p. 63-86, jan./jun. 2009.

STAMMLER, Rudolf. **Economia y Derecho**. Tradução de W. Roces. Madrid: Ed. Reus, 1929.

STARK, Peter B. **Aprenda a negociar**: o manual de táticas ganha/ganha. São Paulo: Littera Mundi, 1999.

STEPHEN, Frank H. **Teoria econômica do direito**. Tradução Neusa Vitale. São Paulo: Makron Books, 1993.

STONIER, Alfred W.; HAGUE, Douglas C. **Teoria econômica**. Rio de Janeiro: Zahar, 1971.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.



\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. et al. **A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição.** 23 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em: 28 out. 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público.** 4º ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

SUN TZU. **A arte da guerra.** Tradução de Sueli Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM; 2006.

SZTAJN, Raquel. Law and economics. In: \_\_\_\_\_; Zylbersztajn, Decio (Org.). **Direito e economia:** análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 75-89.

TENENBLAT, Fábio. Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça. **Revista CEJ**, Brasília, ano XV, n. 52, p. 23-35, 2011.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SALET, Ingo W (org.); TIMM, Luciano B. **Direitos fundamentais:** orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63-72.

\_\_\_\_\_. (Org.). **Direito e Economia no Brasil.** São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012.

TROSTER, Roberto Luis. **Introdução à economia.** São Paulo: Makron Books, 2002.

URY, William. **Supere el No:** Cómo negociar com personas que adoptan posiciones obstinadas. Barcelona: Grupo Editorial Norma, 1991.

\_\_\_\_\_. **Alcanzar la paz:** diez caminos para resolver conflictos en la casa, el trabajo y el mundo. Argentina: Paidós, 2000.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia:** conceitos básicos. 7. ed. Tradução: Maria José José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. **Fundamentos de economia.** São Paulo: Saraiva, 2002.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. Curitiba: Instituto da mediação, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VITORINO FILHO, Valdir Antonio; SACOMANO NETO, Mário; ELIAS, Jorge José. Teoria dos Jogos: uma abordagem exploratória. In: **Revista conteúdo**, Capivari, v. 1, n. 2, p. 112-119, jul./dez. 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 11 ed. Curitiba: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

\_\_\_\_\_. **Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade**. Florianópolis: Fundação Boietux, 2004a.

\_\_\_\_\_. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boietux, 2004b.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais; 1988. p. 128-135.

\_\_\_\_\_. Modalidade de Mediação. In: José Delgado et al. **Mediação: um projeto inovador**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2003, p. 42-50.

\_\_\_\_\_. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGASTRA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. 2 reimp. São Paulo: Atlas, 2008, p. 6-10.

\_\_\_\_\_. Cultura da sentença e cultura da pacificação. CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: resolução CNJ 125/2010: mediação e conciliação**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 684-690.

\_\_\_\_\_. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para o tratamento adequado dos conflitos. **Revista do Processo**, São Paulo, 2011.

Disponível em:

<<http://www.tjsp.jus.br/download/conciliacao/nucleo/parecerdeskazuowatanabe.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2015.

WATSON, Douglas. **Lógica informal**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

WEBER, Max. Ensaios de Sociologia. In: GERTH, H.H; WRIGHT, C (Org). **A política como vocação**. 5 ed. Tradução: Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: JC, 1991.

\_\_\_\_\_. **Economia e sociedade**. Tradução de Régis Barbosa e Karen Elisabete Babosa. 3 ed. Brasília: Editora UnB; 1994. v.1.

\_\_\_\_\_. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Trad. Régis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. 3. reimp. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012.

WILLIAMSON, Oliver E. **Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications**. New York: Free Press, 1975.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 2. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997.

\_\_\_\_\_. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: \_\_\_\_\_; LEITE, José Rubens Morato (Orgs). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.