

O CUSTO INSTITUCIONAL DO LITÍGIO PROCESSUAL E O USO DA MEDIAÇÃO NO CONTEXTO DOS PROCESSOS NÃO-CRIMINAIS EM TRÂMITE NA JUSTIÇA ESTADUAL COMUM. UMA LEITURA SOB A ÓTICA NEO- INSTITUCIONALISTA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E DA ESCOLA DE NEGOCIAÇÃO DE HARVARD

Mário Edson Passerino Fischer da Silva¹

Resumo: O artigo objetiva averiguar como e em que medida a mediação reduz custos na gestão institucional de casos submetidos à Justiça Estadual Comum não-criminal, pois, como efeito das disposições do Novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação, tal seara foi fortemente afetada pela política de difusão da autocomposição. Verificou-se potencialmente o quanto a mediação economiza ao judiciário ao solucionar litígios. Os marcos teóricos adotados foram a escola neo-institucionalista da Análise Econômica do Direito, que aborda os custos e benefícios das opções escolhidas pelas instituições integrantes do sistema jurídico, e a Escola de Negociação de Harvard, referência para os treinamentos de mediadores judiciais no Brasil. A metodologia selecionada foi a hipotético-dedutiva, baseada na premissa de que a mediação minimiza o desperdício de recursos particulares e estatais. Constatou-se que o mediador, ao testar opções, reduzir a assimetria de informações e a seleção adversa, atua como um potencial minimizador de custos de transação. Ao analisar os dados do relatório Justiça em Números de 2018,

¹ Mestrando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná, Bacharel em Direito pela mesma instituição, Conciliador Judicial, Facilitador em Práticas Circulares Restaurativas e atualmente Assessor Jurídico no Ministério Público do Paraná.

considerando variáveis como a duração média de processos, índice de conciliação em cada fase processual, gastos da Justiça Estadual Cível não-criminal, excluindo-se aqueles com servidores e magistrados inativos e o número de processos com os quais o judiciário findou o ano, calculou-se que, potencialmente, se mantido o padrão de 2017, a autocomposição economizaria anualmente ao Poder Judiciário no mínimo R\$ 4.326.024.767,75 e, no máximo, R\$ 5.912.530.024,16, neste âmbito da justiça.

Palavras-Chave: 1. Mediação; 2. Análise Econômica do Direito; 3. Escola de Negociação de Harvard.

THE INSTITUTIONAL COST OF PROCEDURAL LITIGATION AND THE USE OF MEDIATION IN THE CONTEXT OF NON-CRIMINAL CASES BEING PROCESSED IN THE COMMON STATE JURISDICTION. A VIEW FROM THE NEO-INSTITUTIONALIST PERSPECTIVE OF LAW AND ECONOMICS AND THE HARVARD NEGOTIATION SCHOOL

Abstract: The article aims to investigate how and in which extent mediation reduces costs with institutional management of cases submitted to the non-criminal Common State Justice, because, as a result of the provisions of the New Code of Civil Procedure and the Mediation Law, this harvest was strongly affected by mediation diffusion policy. It was verified, potentially, how mediation saves resources for the judicial system by solving litigation. The theoretical frameworks adopted in this work were the neo-institutionalist school of Law and Economics, that analyses the costs and benefits of the options chosen by the institutions which are part of the legal system, and the Harvard Negotiation School, which is a reference for the training of judicial mediators in Brazil. The methodology selected was the hypothetic-deductive, based on the premise that mediation minimizes the waste

of private and state resources. It was found that the mediator, by testing options, reduces information asymmetry and adverse selection, acting as a potential minimizer of transaction costs. By analyzing the data of the Report named Justice in Numbers of 2018, considering variables such as average length of proceedings, conciliation index in each procedural phase, non-criminal State Civil Justice expenses, excluding those with inactive servants and magistrates and the number of processes with which the judiciary ended the year, it was estimated that, potentially, if the 2017 standard is maintained, mediation would annually save the Judiciary Power at least R\$ 4,326,024,767.75 and a maximum of R\$ 5,912,530,024.16 in referred area of justice.

Keywords: 1. Mediation; 2. Law and Economics; 3. Harvard Negotiation School

IL COSTO ISTITUZIONALE DELLA LITE PROCESSUALE E L'USO DELLA MEDIAZIONE NEL CONTESTO DI CASI NON PENALI IN CORSO NELLA GIUSTIZIA PROVINCIALE COMUNE. UNA PROSPETTIVA DAL PUNTO DI VISTA NEO-ISTITUZIONALISTA DELLA ANALISE ECONOMICA DEL DIRITTO E DELLA SCUOLA DI NEGOZIAZIONE DI HARVARD

Riassunto: L'articolo intende verificare come e in quale misura la mediazione riduce i costi della gestione istituzionale dei casi sottoposti alla Giustizia Provinciale Comune non-penale, perché, a seguito delle disposizioni del nuovo codice di procedura civile e della legge sulla mediazione, quest'area è stata fortemente influenzata dalla politica di diffusione della mediazione. È stato verificato, potenzialmente, il quanto la mediazione risparmi al potere giudiziario attraverso la risoluzione dei controversie. I quadri teorici adottati sono stati la scuola neo-istituzionalista dell'Analisi Economica del diritto, che tratta dei costi e

dei benefici delle opzioni scelte da parte delle istituzioni del sistema giuridico, e la Scuola di Negoziazione di Harvard, la quale è riferimento per la formazione dei mediatori giudiziari in Brasile. La metodologia scelta è stata l'ipotetico-deduttiva, sulla base del presupposto che la mediazione riduce lo spreco di risorse privati e statali. È stato constatato che il mediatore riduce l'asimmetria di informazione e la selezione avversa, agendo come un potenziale riduttore dei costi di transazione. Analizzando i dati del rapporto chiamato Giustizia in numeri 2018, considerando variabili come la durata media dei procedimenti, il tasso di conciliazione in ogni fase del processo, le spese della Giustizia Provinciale Comune non panale, esclusi quelle con gli impiegati inattivi, e il numero dei processi con i cui la magistratura ha chiuso l'anno, è stato stimato che potenzialmente, se rimasto lo standard di 2017, la mediazione risparmierebbe ogni anno alla magistratura almeno R\$ 4,326,024,767,75 e al massimo R\$ 5,912. 530.024,16 in quest'area di giustizia.

Parole-Chiavi: 1. Mediazione; 2. Analisi Economica del Diritto; 3. Scuola di Negoziazione di Harvard.

Sumário: Introdução; 1. A mediação e o conflito na ótica da AED; 2. O mediador como agente agregador de valor no campo da gestão de litígios 3. O custo do processo e a opção jurisdicional pelo fomento à mediação; 3.1. O custo médio do processo judicial não-criminal trâmite na Justiça Estadual Comum; 3.2 A economia de valores pelo uso de mediações no âmbito da Justiça Estadual Comum não-criminal; 4. Conclusão; 5. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO



necessidade de fomento da autocomposição no processo civil se tornou um “lugar-comum” principalmente após a vigência da Lei n. 13.105 de 2015, que determina tal política como diretriz logo em seu art. 3º, §2º e §3º². Nessa senda, a pretensão de elucidar como o desenvolvimento da mediação agrega valor às partes conflitantes e reduz gastos do Poder Judiciário motivou a redação deste artigo.

Tal elucidação será baseada especialmente em critérios extraídos da perspectiva neo-institucionalista da Análise Econômica do Direito (AED), pois esta escola tem como escopo a formulação de propostas que evitem o desperdício de recursos pelos sistemas jurídicos a partir do direcionamento das escolhas institucionais com base na eficiência³. A eficiência, por sua vez, será aqui compreendida como o uso adequado de recursos para a criação de incentivos comportamentais que permitam às instituições a concretização de seus fins⁴. Ressalta-se, desde já, que dentro de uma perspectiva econômica de finitude de bens, o uso adequado de recursos corresponde ao atingimento de metas mediante um ônus mínimo⁵.

A eficiência está inclusive alçada como um dos princípios regentes da administração pública no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, mas sua observância não se restringe ao Poder Executivo, sendo também uma das diretrizes obrigatórias das opções institucionais feitas pelo Poder Judiciário.

² § 2º-O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos; § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. Em: BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015*. Brasília: Congresso Nacional, 2015.

³ BULLARD GONZALES, Alfredo. *Derecho y economia*. El analisis econômico de las instituciones legales. Lima: Palestra, 2003, p. 39-41.

⁴ BULLARD GONZALES, Alfredo. *Derecho y economia*. El analisis econômico de las instituciones legales. Lima: Palestra, 2003, p. 39.

⁵ CALSAMIGLIA, Albert. *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*. México: Fontamara, 2003, p. 29.

A AED, desenvolvida inicialmente no seio da Escola de Chicago⁶, sob uma racionalidade eminentemente prática, possui uma série de conceitos capazes de expandir a gramática jurídica e oferecer ferramentas de análise enriquecedoras⁷. Tal seara convida o jurista a descer de seu confortável pedestal de abstrações e verificar como, nos limites dos recursos disponíveis, seria possível formular construções e propostas aptas a concretizar, eficientemente, o que consta no ordenamento jurídico. Dessa forma, recorrer à AED para explicar os benefícios da mediação torna-os ainda mais claros.

A definição de AED, entretanto, é de difícil precisão, mas a sua matriz teleológica se relaciona com a aferição de custos e benefícios da regulação jurídica, partindo do princípio que o ser humano age com base em incentivos e evita prejuízos⁸.

A AED então será útil para explicitar os custos e benefícios da opção pela tutela de litígios através da mediação, em contraponto ao processo.

O processo, objeto deste estudo será, o civil, afinal, além da maioria dos casos estarem vinculados a este tipo de procedimento, a grande emergência momentânea da autocomposição está ocorrendo neste âmbito, especialmente em virtude da Lei da Mediação e do Novo Código do Processo Civil.

O problema deste artigo é averiguar como e em que medida a mediação colabora com a redução dos custos de gestão de conflitos na Justiça Estadual Comum não-criminal, pois, como efeito dos aludidos diplomas legais, esta seara foi a mais afetada por tal política. Ressalta-se que a Justiça Estadual não-criminal, que abrange os Juizados Especiais Cíveis, além de abarcar um

⁶ COELHO, Cristiane de Oliveira. Análise Econômica do Direito Enquanto Ciência: uma explicação sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico. *Berkeley Program in Law & Economics*. Latin American and Caribbean Law and Economics Association, 2007, p. 3.

⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia. In: *Cadernos Direito GV*. V.5, Nº 2, março, p. 5-58, 2008, p.39.

⁸ BULLARD GONZALES, Alfredo. *Derecho y economia*. El analisis econômico de las instituciones legales. Lima: Palestra, 2003, p. 37.

maior número de processos, já caminhava rumo a um perfil mais informal e consensual desde a promulgação da Lei nº 9.099 de 1995, enquanto tal perfil ficou mais restrito aos casos tutelados pelos juizados especiais no que toca à Justiça Criminal.

O objetivo do trabalho é aferir o quanto a mediação potencialmente economizaria ao judiciário quando da realização de acordos que findariam processos judiciais de natureza cível na Justiça Estadual Comum não-criminal. Exclui-se da análise, portanto, os casos tutelados pelos juizados especiais, posto que se pretende avaliar o impacto do novo Código de Processo Civil em um ramo da Justiça no qual a autocomposição não havia sido ainda tão difundida. Os dados e médias tomados como base para o cálculo serão do ano de 2017 e retirados do Relatório “Justiça em Números 2018” disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça.

A opção pela realização do cálculo do custo do processo no campo da Justiça Estadual Comum não-criminal, também foi feita porque a Justiça Estadual, como um todo, concentra 79,3% do total de processos do Poder Judiciário e utiliza 57,4% de seus recursos⁹.

Observa-se que no relatório tomado como base para a realização das estimativas, não consta o potencial custo total de um processo de natureza cível, primeiro porque tal tipo de procedimento pode englobar uma gama ampla de matérias de diversos graus de complexidade e segundo porque não se precisa quanto tempo os agentes públicos despendem para tratar de cada caso desde a sua judicialização até a sua baixa definitiva. Um cálculo preciso, portanto, tomaria como referência o custo da hora paga a cada funcionário judicial que intervisse no processo, entretanto, estes dados não estão disponíveis no relatório e, também por isso, os resultados corresponderão a estimativas, ante imensa quantidade de variáveis em pauta. As demais

⁹ BRASIL. *Justiça em Números 2018*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 34.

considerações sobre as limitações do cálculo serão feitas no item “3” deste trabalho.

Os marcos teóricos norteadores da reflexão serão a escola neo-institucionalista da AED e a Escola de Negociação de Harvard e esta escolha foi feita pelas seguintes razões.

Primeira, a AED neo-institucionalista oferece maior atenção à eficiência das opções institucionais, e, no caso, o que se intenta mensurar é a eficiência da mediação enquanto técnica de resolução de conflitos que, hipoteticamente, agrega valor e gera menos custos do que um processo judicial.

Segundo, o conteúdo do Manual de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça¹⁰ sofreu influência da Escola de Negociação de Harvard na sua elaboração, e é a partir dele que se fornece o treinamento aos mediadores judiciais. Desse modo, o estudo observará as bases teóricas da opção judicial pela auto-composição a fim de melhor avaliar a aplicabilidade dos elementos da AED sobre tal *approach*.

Clarificados os pressupostos do trabalho, a metodologia adotada será a hipotético-dedutiva, baseada na premissa de que a mediação minimiza o desperdício de recursos particulares e estatais na gestão de conflitos. Posteriormente, submeter-se-á tal hipótese a um exercício de falseabilidade. A dedução da premissa será realizada a partir de conceitos provenientes da AED aplicáveis a um modelo ideal de mediação conforme os princípios da Escola de Negociação de Harvard.

As ferramentas de pesquisa que tornaram possível a dedução, são: (i) a análise documental de dados estatísticos que, em tese, permitiriam aferir o custo potencial, monetizável e médio de um processo judicial na Justiça Estadual Comum não-criminal, (ii) a consulta à legislação e regulamentações brasileiras pertinentes, no intuito de se verificar as balizas institucionalmente adotadas para conduzir a operacionalização e

¹⁰ BRASIL *Manual de Mediação Judicial*. 6ª ed., Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

implementação de técnicas autocompositivas e (iii) a revisão bibliográfica.

Findando esta introdução, aponta-se que a leitura da “mediação à brasileira” pela AED neo-institucionalista poderá aprofundar a discussão sobre as opções institucionais disponíveis¹¹ de gestão de controvérsias, explicitando suas consequências e trazendo o debate a um campo mais prático e consequente.

1. A MEDIAÇÃO E O CONFLITO NA ÓTICA DA AED

Em seu artigo “*It takes to tango, and to mediate*”, Don Peters ressalta que apesar dos seres humanos vangloriarem-se de seus raciocínios cotidianos, via de regra, são as escolhas emotivas que predominam rotineiramente, pois resultam em decisões mais rápidas e em menor desgaste mental¹². Isto se aplica nas tratativas conflitivas, nas quais, inevitavelmente, descargas emocionais influenciam o pensamento e as atitudes dos conflitantes, principalmente quando há questões pessoais envolvidas.

Considerando que o “conflito” traz em si uma conotação negativa, como uma resistência de pretensão, uma negação de desejo, um embate que potencializa a desarmonia e gera desconforto, as emoções que dele emergem para, inconscientemente, guiar os meios de sua tutela no dia a dia, tendem a mesma natureza destrutiva a ele atribuída. Nestes termos, as opções feitas pelos embatentes, calcadas nestas emoções, majoritariamente comprometem a construção coletiva de soluções que gerem ganhos mútuos. Considerando tais fatores, a mediação tem como mote aprimorar a negociação de soluções entre as partes incitando uma comunicação saudável e colaborativa que

¹¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia. In: *Cadernos Direito GV*. V.5, Nº 2, março, p. 5-58, 2008, p. 38-39.

¹² PETERS, Don. It takes to tango, and to mediate: legal cultural and other factor influencing United States and Latin American lawyers reluctance to mediate commercial disputes. *Richmond Journal of Global Law & Business*. Vol 9:4, p. 381-429, 2010, 394-395.

potencialize a concretização de resultados bilateralmente benéficos¹³.

Tânia Lobo Muniz define a mediação como um método de gestão de controvérsias pelo qual os envolvidos em uma situação conflituosa são auxiliados por um terceiro, neutro, imparcial e independente, na busca de um acordo bilateralmente satisfatório e que, ainda, preserve a continuidade do relacionamento afetado¹⁴. A autora especifica que no processo de mediação o mediador não pode formular soluções conciliatórias, pois deve zelar pelo empoderamento das partes, e ressalta que, nesta abordagem, os envolvidos “perdem o controle” do rumo do processo, mas gozam de ingerência sobre o seu resultado¹⁵, o que é inverso daquilo que sucede no processo judicial. A mediação, então, corresponderia a uma técnica calcada na cooperação e, por isso, é também chamada de solução integrativa¹⁶.

Percebe-se que a definição da autora está arraigada à perspectiva do Código de Processo Civil de 2015, o qual, em seu art. 165, §2º e §3º, delega ao conciliador a tratativa de casos nos quais não haveria vínculo prévio entre os envolvidos e o permite sugerir soluções ao litígio, enquanto vincula o mediador à abordagem de questões nas quais haja relacionamento prévio entre as partes, incumbindo-o tão somente do restabelecimento dos

¹³ PETERS, Don. It takes to tango, and to mediate: legal cultural and other factor influencing United States and Latin American lawyers reluctance to mediate commercial disputes. *Richmond Journal of Global Law & Business*. Vol 9:4, p. 381-429, 2010, 382.

¹⁴ MUNIZ, Tânia Lobo. *O conflito, os modelos de solução, o acesso à justiça e a estrutura oficial de solução de conflitos*. Em: MUNIZ, Tânia Lobo. Estudos em Direito Negocial e os mecanismos Contemporâneos de Resolução de Conflitos. Birigui: Boreal, p. 29-69, 2014, p. 36-37.

¹⁵ MUNIZ, Tânia Lobo. *O conflito, os modelos de solução, o acesso à justiça e a estrutura oficial de solução de conflitos*. Em: MUNIZ, Tânia Lobo. Estudos em Direito Negocial e os mecanismos Contemporâneos de Resolução de Conflitos. Birigui: Boreal, p. 29-69, 2014, p. 36-37.

¹⁶ MUNIZ, Tânia Lobo. *O conflito, os modelos de solução, o acesso à justiça e a estrutura oficial de solução de conflitos*. Em: MUNIZ, Tânia Lobo. Estudos em Direito Negocial e os mecanismos Contemporâneos de Resolução de Conflitos. Birigui: Boreal, pp. 29-69, 2014, p. 32.

canais de comunicação.

Não foi adotada neste artigo a referida cisão conceitual entre mediação e conciliação. Primeiro porque, na prática, ambas se confundem. Há situações em que o mediador será diretivo para preservar o bem-estar ou comunicação das partes, ou promover intervenções utilizando dados trazidos pelos participantes a fim de instigar a consideração de outras vias de resolução. Da mesma forma, é muito salutar que um “conciliador” ofereça atenção à chamada pauta subjetiva (questões emocionais, ou minuciosidades e mágoas que afetam o comportamento das partes) a fim contribuir com a criação de canais de comunicação para facilitar a elaboração de um acordo exequível e mutuamente atraente. Segundo, porque o próprio Poder Judiciário, para fins de seu “Índice de Conciliação” não faz distinção entre um *approach* e outro.

A título exemplificativo, nos Estados Unidos a separação discutida inexistente em tais moldes. Lá remete-se mais a posturas do mediador, falando-se em mediação avaliativa quando esse é mais diretivo e em mediação facilitadora, quando se tem como enfoque facilitar o diálogo das partes¹⁷. Dessa forma, neste trabalho se utilizará apenas o termo “mediação”.

Tendo as características básicas da mediação em conta, abordá-la a partir da AED é delicado, pois a teoria econômica toma o humano como ser inerentemente racional e egoísta, em razão do contexto social de escassez e de competitividade¹⁸. Nessa linha, tem-se que o conflito se instala quando, em razão da escassez, não são propícias as circunstâncias para a satisfação das carências humanas, e, assim, os conflitantes tendem a adotar a visão de que considerar as necessidades do outro implicaria em

¹⁷ SANDER, Franl E. A.; ROZDEICZED, Lukasz. *Marching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leadind to Mediation-Centered Aproach*. *Harvard Negotiation Law Review*, . Spring2006, p. 20.

¹⁸ CALSAMIGLIA, Albert. *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*. México: Fontamara, 2003, p. 39.

excluir seus próprios interesses¹⁹.

A *ratio* econômica pressupõe que o ser humano persegue interesses egoístas decididos em função de preferências, denominando de paramétricas as situações nas quais as preferências individuais são as únicas variáveis consideradas pelo sujeito (que ignora as necessidades dos demais)²⁰. Nessa linha, Salama trata da “maximização racional”, explicando que os indivíduos sempre farão escolhas que julgam atender aos seus interesses pessoais, buscando a concretização de objetivos através dos meios disponíveis e tomando atitudes somente se, em sua percepção, os benefícios destas lhes forem maiores, ou iguais, aos seus custos²¹.

A mediação aposta na racionalidade humana voltada à cooperação e para favorecer essa premissa considera que a escolha racional poderá ser a adequada quanto mais claros e compreendidos estiverem os aspectos emocionais (irracionais) que contribuíram para o conflito. No entanto, os motivos mais íntimos que levaram à construção de um acordo de uma forma ou outra, ainda que sejam egoísticos, não são relevantes para todas as vertentes da mediação, desde que a aquiescência com seus termos seja voluntária, o mediador tenha sido imparcial, as cláusulas acordadas sejam lícitas, o conflito tenha sido devidamente resolvido e a parte tenha condições e disposição para arcar com os ônus ao qual se submeteu.

O viés comunicativo e cooperativo da mediação, portanto, pode até trazer uma visão otimista das relações humanas, mas não é necessariamente uma abominação ao egoísmo, ou ao enfoque individual do próprio bem-estar. Trata-se,

¹⁹ MUNIZ, Tânia Lobo. *O conflito, os modelos de solução, o acesso à justiça e a estrutura oficial de solução de conflitos*. Em: MUNIZ, Tânia Lobo. *Estudos em Direito Negocial e os mecanismos Contemporâneos de Resolução de Conflitos*. Birigui: Boreal, p. 29-69, 2014, p. 31.

²⁰ CALSAMIGLIA, Albert. *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*. México: Fontamara, 2003, p. 40.

²¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia. In: *CADERNOS DE DIREITO GV*. V.5, Nº 2, março, p. 5-58, 2008, p. 16-17.

fundamentalmente, de uma abordagem dialógica e democrática de soluções de conflitos, que acolhe a dimensão irracional humana, e mira à harmonização das relações.

A AED apenas direciona os estudiosos da autocomposição para uma visão mais fria e cinza do que o ideal colaborativo, convidando-os a encarar a gestão conflitiva pela premissa de que os participantes almejam resultados paramétricos favoráveis, e, egoisticamente, tenderão a se aproveitar da boa vontade alheia para atingi-los.

Assim, para a AED, o mediador não pode perder de vista a essência egoística que seria a raiz do conflito, principalmente para não ser instrumentalizado por alguma das partes como mais uma ferramenta de pressão rumo a um acordo favorável. Nessa toada, a fim de realmente promover uma abordagem efetiva que resulte em acordos mais próximos de um termo “ótimo” às partes, deverá o mediador coletar o máximo possível de dados que a parte estaria escondendo da outra para que possa ter uma noção plena das causas e consequências do embate e assim criar um fluxo de comunicação através do qual as cortinas gradativamente cairão.

Ainda, para a AED neo-institucional, o ideal da mediação judicial representar, ou não, um passo rumo a um mundo mais tolerante, plural e compreensivo é apenas relevante na medida em que isso contribua para a redução de custos do Poder Judiciário, ao tutelar as controvérsias, e dos conflitantes, que podem suportar uma série de desgastes econômicos, temporais e emocionais durante a tramitação processual.

Essa frieza da AED, ainda que possa afastá-la um tanto do ideal *cool* da mediação, a aproxima da perspectiva jurídica de avaliação do ser humano, afinal a ideia da necessidade do direito não toma como ponto de partida a potencialidade empática de cada sujeito, ou mesmo a boa vontade, ou a solidariedade, mas sim a premissa, hobbesiana, de que, sem limites claros ao exercício das liberdades, a insegurança, o medo, e a carência de

expectativas, inviabilizarão a convivência coletiva, essencial à redução de custos da própria existência.

O direito, como relembra Bullard, é um sistema artificial conformativo que, pela regulação de condutas, pretende garantir a coesão social a partir das normas²², mirando à estabilização das relações sociais de acordo com os valores e premissas contidos em comandos positivados. As normas devem incentivar os indivíduos ao seu cumprimento e os legisladores devem prever as possíveis condutas dos seus destinatários a partir dos efeitos que pretendem atingir com as leis²³.

Trata-se de um sistema que oferece respostas prévias aos conflitos, juridicamente relevantes, que surjam no bojo da coletividade e possam, na perspectiva jurídica, prejudicar a coesão social. Ressalta-se que a solução legalmente prevista não busca se atentar a todas as possíveis minúcias de cada caso concreto, porque ela estipula um padrão a ser imposto para adequar as relações sociais à rede interativa ideal por ela desenhada.

Nessa linha, para Atienza, uma das racionalizações que o legislador deve ter em conta ao formular uma lei seria a comunicativa, pois o comando normativo deve ser capaz de comunicar precisamente o seu conteúdo ao destinatário²⁴, isto também se aplica quando da prolação de uma sentença. Não havendo tal comunicação, não há possibilidade do direito exercer seu papel diretivo e, conseqüentemente, promover a coesão social.

Teleologicamente, ao menos em termos declarados, há uma convergência da proposta jurídica e da autocompositiva, qual seja: a harmonização das relações interpessoais, almejada, por sua vez, justamente porque o conflito gera custos das mais

²² BULLARD, Alfredo. Análisis económico del derecho. Entre el funcionalismo y la esquizofrenia jurídica. In: FABRA ZAMORA, Jorge; NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. (Org.) *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, V. 01. P. 736-766, 2015, p. 739.

²³ CALSAMIGLIA, Albert. *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*. México: Fontamara, 2003, p. 34, 61-62.

²⁴ CALSAMIGLIA, Albert. *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*. México: Fontamara, 2003, p. 34.

diversas naturezas. Isto, inclusive, é reconhecido no próprio Manual de Mediação Judicial do CNJ, no tópico “O judiciário como efetivo centro de harmonização social”, no qual se afirma que a partir da Resolução nº 125/2010 do CNJ, que institui a política nacional judicial de autocomposição, a pergunta norteadora da atuação dos magistrados deixou de ser “como devo sentenciar em tempo hábil” para “como devo abordar a questão para que os interesses pleiteados sejam satisfeitos eficientemente, com maior satisfação do jurisdicionado e em menor prazo”²⁵.

Em contrapartida, o ponto nevrálgico de diferença entre a tutela judicial e as técnicas de mediação é que, para resolver os casos, o sistema judicial apostou primeiramente em uma proposta prescritiva, enquanto a mediação traz consigo um viés dialógico horizontalizado para a construção coletivas de soluções. Assim, verificar a eficiência da política de fomento à autocomposição, à luz da AED neo-institucionalista, depende inicialmente da compreensão acerca de como a AED concebe os custos do conflito e as principais razões para o seu surgimento e manutenção.

Nessa toada, Andrew H. Kydd afirma que as principais causas dos conflitos são as informações assimétricas entre as pessoas, ou seja, quando há disparidade de dados entre estas quanto a pontos relevantes para a resolução menos custosa e compreensão plena da situação conflituosa²⁶. Segundo o autor, os adversários que compartilham suas informações podem com maior facilidade chegar a um acordo sem grandes atrasos, ressaltando que o custo do conflito, por si só, gera o incentivo necessário para se acordar o mais rápido possível²⁷.

²⁵ BRASIL *Manual de Mediação Judicial*. 6ª ed., Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 41.

²⁶ KYDD, Andrew H. *The Honest Broker: mediation and mistrust*. Cambridge: Harvard University, 2005, p. 2. Disponível em: https://wcfia.harvard.edu/files/wcfia/files/980_mediation_2b.pdf. Acesso em 20 de ago. de 2018.

²⁷ KYDD, Andrew H. *The Honest Broker: mediation and mistrust*. Cambridge: Harvard University, 2005, p. 2. Disponível em: https://wcfia.harvard.edu/files/wcfia/files/980_mediation_2b.pdf. Acesso em 20 de ago. de 2018.

Quando todas as informações são reveladas, portanto, é mais fácil identificar os reais interesses por trás das posições, a princípio, antagônicas das partes, de forma que, partindo da necessidade de cada um em satisfazer tais interesses, aumenta-se as chances de busca por soluções mutuamente benéficas. Em contrapartida, caso os interesses sejam inconciliáveis, persistir nas tratativas será uma perda de tempo, bastando para tanto uma avaliação de custo oportunidade no intuito de verificar se algum dos conflitantes estaria disposto a ceder ao interesse alheio²⁸. Desta maneira, até para atestar a inviabilidade do diálogo de modo mais ágil a mediação se mostraria interessante.

Essas informações assimétricas aumentam os “custos de transação” para a solução de conflitos. Ronald Coase explica que, no intuito de sanar uma controvérsia, as partes, visando minimizar os riscos e assimetrias de informação, dispendem recursos para a obtenção de dados, melhora de condução de negociações e garantia de execução de acordos eventualmente firmados, estes dispêndio culmina nos chamados “custos de transação”²⁹. Tais custos, entretanto, levariam a mercados mais ineficientes, pois diminuiriam as riquezas adquiridas com a realização das transações, afinal, para aumentar sua segurança, maximizar seu poder de barganha e antecipar os atos da outra parte, os negociantes investiriam recursos na pretensão de assegurar os benefícios oriundos das negociações³⁰.

Observa-se que, em se tratando da temática, a AED neo-

²⁸ Quando não há ganho efetivo com uma troca, ou conciliação, ante principalmente a existência de interesses inconciliáveis, insistir na barganha é contraproducente, pois consome tempo, sendo talvez, o litígio judicial uma forma mais adequada de satisfazer o interesse, quando este se mostrar juridicamente viável. Sobre tal questão ver: AYRES, Ian; BROWN, Jennifer Gerarda. Economic Rationales for Mediation. *Yale: Virginia Law Review*, v. 80, n. 2, p. 323-402, march 1994, p. 333

²⁹ BULLARD, Alfredo. Análisis económico del derecho. Entre el funcionalismo y la esquizofrenia jurídica. In: FABRA ZAMORA, Jorge; NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. (Org.) *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, V. 01. P. 736-766, 2015, p. 747.

³⁰ TIMM, Luciano e GUARISSE, Joao. *Análise económica dos contratos*. In: *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, p.158-179, 2014, p. 167.

institucionalista busca identificar os custos de transação necessários para que o Judiciário possa tutelar os conflitos que lhes são submetidos. Por exemplo, a fim de melhor sentenciar um processo cujo objeto da lide seja uma indenização por incapacitação laborativa, o juiz poderá determinar a realização de uma perícia na pretensão de receber um parecer técnico que indique a causa da lesão sofrida pelo requerente e a extensão do dano causado. Isto, entretanto, representa um custo (remuneração do perito) que será repassado ao final do processo à parte perdedora, a qual, se beneficiária da justiça gratuita, será subsidiada pelo próprio Estado.

Mais além, o pagamento de servidores, estagiários, magistrados e outros funcionários representam custos de transação para o Poder Judiciário na sua empreitada de oferecer uma resposta institucional aos casos ajuizados. A eficiência, destarte, é sempre relevante para as políticas institucionais³¹. Neste sentido a redução dos mencionados custos, explica, em maior ou menor grau, a opção institucional por técnicas economicamente mais atraentes de solucionar controvérsias.

A título de exemplo dos apontados custos, no caso de uma decisão relativa ao direito de convivência entre filhos e cada um de seus genitores divorciados, ou da elaboração de contratos de fornecimento e compras de produtos entre empresas, nota-se que o poder relativo de barganha das partes, em prol de maximizar a satisfação de seus próprios interesses, reside justamente na manutenção de uma assimetria que lhes seja favorável³². Nestes casos, a parte tende a reter informações para evitar aumentar o poder de barganha da contraparte e então investe recursos para mapear as pretensões desta, acarretando em custos de transação.

Este tipo de situação configura-se como um conflito

³¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y economia*. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1998, p. 4.

³² KYDD, Andrew H. *The Honest Broker: mediation and mistrust*. Cambridge: Harvard University, 2005, p. 2. Disponível em: [https://wcfia.harvard.edu/files/wcfia/files/980_mediation 2b.pdf](https://wcfia.harvard.edu/files/wcfia/files/980_mediation%2b.pdf). Acesso em 20 de ago. de 2018.

baseado em posições, característico de um processo judicial, pois os conflitantes não raro omitem os seus interesses mais íntimos e dão enfoque ao resultado final almejado, impossibilitando à contraparte o entendimento acerca de suas reais necessidades. As posições são, nos aludidos termos, maneiras que as partes tomam como mais adequadas para satisfazer seus interesses, contudo, ante a sua racionalidade limitada, focam em apenas uma das tantas opções para atingir essa satisfação, enquanto podem existir várias outras³³.

A negociação operacionalizada a partir de posições, para culminar em um acordo, baseia-se em atos de concessões e apropriações, a partir dos quais, pelo menos uma das partes, terminará as tratativas como um valor menor do que esperava adquirir. É um sistema baseado no ganha-parte, em que para um prosperar mais o outro deverá perder³⁴.

Nessa linha, a falta de confiança, especialmente por implicar na perpetuidade da assimetria de informações, é também uma das causas dos conflitos, que surge quando uma parte não tem certeza acerca das pretensões da outra, ou se haverá reciprocidade em eventual cooperação³⁵. Essa carência de confiança, que influencia na opção por determinada forma de conduta, é chamada de “risco moral” que diz respeito aos incentivos que uma parte tem para adotar um comportamento prejudicial à contraparte sem que esta saiba, ou possa impedir tal alteração³⁶.

Em *approaches* pautados em posições, observa-se que a

³³ ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. *Mediação, Negociação e práticas restaurativas no Ministério Público*. Belo Horizonte: 2ª ed., Editora D' Plácido, 2017, p. 161-163.

³⁴ URY, Willian; FISCHER, Roger. *Getting to yes: negotiation and agreement without giving in*. 2ª ed. New York: Penguin Group, Random House Business Books, 1991, p. 7.

³⁵ KYDD, Andrew H. *The Honest Broker: mediation and mistrust*. Cambridge: Harvard University, 2005, p. 3. Disponível em: [https://wcfia.harvard.edu/files/wcfia/files/980_mediation 2b.pdf](https://wcfia.harvard.edu/files/wcfia/files/980_mediation%20b.pdf). Acesso em 20 de ago. de 2018.

³⁶ TIMM, Luciano e GUARISSE, Joao. *Análise econômica dos contratos*. Em: Direito e economia no Brasil. São Paulo: Atlas, p.158-179, 2014, p. 167.

única maneira da parte ver seus interesses satisfeitos é forçar a outra a ceder, isto porque a comunicação se restringe à emissão de mensagens que demonstram posições inconciliáveis, o que, por sua vez, faz com que se opte por meios de tutela de conflitos baseados no ganha-perde e que tenham o condão de satisfazer sua pretensão, como ocorre no processo judicial.

A manutenção do conflito, por sua vez, pode gerar uma série de externalidades negativas, que são o aumento de riscos ou custos não cogitados, ou seja, não assumidos pela parte quando optou, ou anuiu com a perpetuidade da situação conflitiva³⁷. Noites mal dormidas, mal-estar, estresse, contratação de advogados, perda de dias de trabalho para comparecimento na corte e fragilização relações, são alguns exemplos de externalidade negativas em situações que a parte inicia um conflito sem considerar estes custos. Quando a causa do conflito provoca um efeito que culmina na geração de outra controvérsia conflitiva, tem-se a chamada espiral do conflito, e, conseqüentemente, novos custos e externalidades emergem.

Outro problema proveniente da assimetria de informações e da manutenção do conflito por uma tratativa baseada em posições é a “seleção adversa” que remete, originalmente, ao fato de uma parte estar mal informada sobre as qualidades de um produto, ou serviço, mas tem ciência da qualidade média dos equivalentes no mercado, de modo tal que, para compensar sua falta de informação, e sentir-se mais segurança, exigirá uma vantagem para participar da transação³⁸, a qual, talvez, poderá comprometê-la.

Embora seja um conceito cunhado para controvérsias de natureza comercial, ele pode ser aplicado a questões mais corriqueiras. Exemplo: A e B acordam um encontro em determinado local e B não comparece no horário combinado. A, por sua vez,

³⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia. In: *Cadernos Direito GV*. V.5, Nº 2, março, p. 5-58, 2008, p. 42

³⁸ TIMM, Luciano e GUARISSE, Joao. Análise econômica dos contratos. In: *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, p.158-179, 2014, p. 167.

poderá contatar B via celular, mas estando B com o aparelho descarregado, A não terá acesso à informação que lhe explicaria o atraso. Sem resposta, a partir de um senso comum, A assumirá que B não comparecerá ao encontro e então deixará o local, selecionando uma opção adversa ao que é de seu interesse: encontrar-se com B. Ocorre, que B pretendia chegar no horário, mas não o fez porque teve um imprevisto, e chegaria meia hora depois, tempo que A toleraria esperar se soubesse que poderia se encontrar com B mais tarde. A seleção adversa então implica em uma suposição, baseada no senso comum, que norteia uma escolha a qual nem sempre trará maior vantagem ao interessado.

A partir das implicâncias práticas dos aludidos elementos, previamente nomeados, percebe-se que os indivíduos constroem a realidade e suas expectativas com base naquilo em que prestam atenção e no que, a partir de sua experiência, lhes faz sentido³⁹ e isto é de extrema relevância quando o assunto é gestão de conflitos.

Segundo Don Peters, quando ocorrem controvérsias, os indivíduos, imprecisamente, acreditam que consideraram todos os dados pertinentes para tomarem decisões e, partindo desta premissa, usualmente equivocada, instrumentalizam as informações captadas a fim legitimar sua própria percepção, ignorando outros elementos que poderiam ser relevantes⁴⁰. Tais percepções incompletas incitam as partes a tomarem suas próprias predileções como critérios basilares de uma opção tida como universalmente adequada, em detrimento de escolhas mais propícias a saciar o bem-estar coletivo e, conseqüentemente, mais

³⁹ PETERS, Don. It takes to tango, and to mediate: legal cultural and other factor influencing United States and Latin American lawyers reluctance to mediate commercial disputes. *Richmond Journal of Global Law & Business*. Vol 9:4, p. 381-429, 2010, p. 396.

⁴⁰ PETERS, Don. It takes to tango, and to mediate: legal cultural and other factor influencing United States and Latin American lawyers reluctance to mediate commercial disputes. *Richmond Journal of Global Law & Business*. Vol 9:4, p. 381-429, 2010, p. 397.

interessantes para fins de saneamento de um conflito pela via consensual⁴¹

Trata-se de fenômeno resultante do que Herbet Simon chama de “racionalidade limitada”, a qual corresponde à maior chance do ser humano não considerar opções completamente racionais em todos os casos, devido a sua incapacidade de concentração na busca das informações necessárias para a construção de soluções relacionais⁴². Além disso, o indivíduo pode optar simplesmente pela escolha emocional, o que o autor denomina de “força de vontade limitada”, ou de “auto controle insuficiente”⁴³, os quais, ressalta-se, tendem a aumentar os custos do conflito.

Evidentemente, diagnosticar uma escolha como irracional, via de regra, é uma mera violência simbólica contra uma racionalidade diversa daquela de quem avalia, sendo mais comum encontrar pessoas que estejam alienadas a um tipo específico de raciocínio, do que propriamente se deparar com alguém completamente irracional⁴⁴.

Uma escolha supostamente coerente com um padrão de racionalidade, não necessariamente atenderá aos parâmetros de outro *standard*, o que não significa, portanto, irracionalidade. Assim sendo, neste contexto das diversas formas de se interpretar uma situação, e de comportamentos humanos que ampliam os custos de uma resolução eficiente de conflitos, é que se faz pertinente pensar o papel do mediador e como a mediação agrega valor à gestão de conflitos sob a ótica da AED.

2. O MEDIADOR COMO AGENTE AGREGADOR DE

⁴¹ PETERS, Don. It takes to tango, and to mediate: legal cultural and other factor influencing United States and Latin American lawyers reluctance to mediate commercial disputes. *Richmond Journal of Global Law & Business*. Vol 9:4, p. 381-429, 2010, p. 400.

⁴² SEN, Amartya. *La idea de la justicia*. Madrid: Santillana, 2009, p. 207.

⁴³ SEN, Amartya. *La idea de la justicia*. Madrid: Santillana, 2009, p. 207-208.

⁴⁴ SEN, Amartya. *La idea de la justicia*. Madrid: Santillana, 2009, p. 209.

VALOR NO CAMPO DA GESTÃO DE LITÍGIOS:

Tendo que o conflito e suas formas de tutela são interpretados pela AED como questões geradoras de custos e/ou benefícios, aponta-se que avaliar a potencial eficiência da mediação como ferramenta de redução de custos na gestão conflitiva é importante para a vertente neo-institucionalista quando se trata de uma política judicial.

De acordo com a Escola de Negociação de Harvard, que influenciou as orientações técnicas aos mediadores judiciais pelo CNJ⁴⁵, as tratativas para a resolução de controvérsias entre pessoas devem ser baseadas em quatro princípios: (i) a separação das pessoas dos problemas, (ii) a negociação com base em interesses (não em posições), (iii) a geração de ganhos mútuos e o (iv) investimento em critérios objetivos para solucionar desarmonias entre os interesses⁴⁶. Por esse motivo a proposta é chamada de “*principle based method*”⁴⁷.

A separação das pessoas do problema significa a tarefa de desvinculação da premissa de que a contraparte representa o problema e a necessidade de clarificação de que o real embate corresponde a não-satisfação de interesses. A partir disto, cada indivíduo poderá oferecer maior atenção às suas pretensões e como as saciar sem despendar energia remoendo as atitudes da

⁴⁵ Ao abordar a técnica de negociação e vinculá-la à mediação, considerando esta uma negociação assistida por um terceiro, o Manual de Mediação Judicial do CNJ apresentam os princípios da negociação elaborados por Fischer e Ury e durante toda a cartilha abordam a mediação como metodologia que auxilia na identificação e harmonização dos interesses, sentimentos e expectativas das partes, atentando para a atenção prévia de que devem receber os aspectos irracionais do conflito a fim de que estes não comprometam as tratativas. BRASIL *Manual de Mediação Judicial*. 6ª ed., Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 27-30, 32 73-74

⁴⁶ ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. *Mediação, Negociação e práticas restaurativas no Ministério Público*. Belo Horizonte: 2ª ed., Editora D’ Plácido, 2017, p; 160-163

⁴⁷ ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. *Mediação, Negociação e práticas restaurativas no Ministério Público*. Belo Horizonte: 2ª ed., Editora D’ Plácido, 2017, p. 157.

outra parte⁴⁸. Com este *approach* o mediador reconfigura a identidade dos participantes de adversários para “resolutores de problemas”, dando o primeiro passo rumo à cooperação⁴⁹.

Este princípio parte do pressuposto de que os conflitantes são influenciados por fatores irracionais e que para aumentar as chances de um diálogo frutífero o mediador deverá minimizar a irracionalidade que obsta a cooperação, apta a preservar as relações e ampliar ganhos, a partir, em um primeiro momento, da despessoalização das causas dos problemas⁵⁰.

O segundo princípio, negociação baseada em interesses, possibilita que as partes, antes vinculadas a posições atreladas somente a uma alternativa, possam retroceder esta posição até a pretensão original que a conformou. Tal noção remete ao fato de que os interesses definem precisamente qual o óbice para o acordo, sendo sua identificação uma poupança de tempo e dinheiro.

Os interesses são desejos, necessidades e expectativas e, sendo saciados, a parte estará satisfeita. É muito mais fácil, portanto, conciliar interesses do que posições, afinal, existem alternativas capazes de atender a interesses diversos quando estes não são manifestamente antagônicos⁵¹. Posições opostas, nestes termos, não significam interesses opostos⁵².

⁴⁸ ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. *Mediação, Negociação e práticas restaurativas no Ministério Público*. Belo Horizonte: 2ª ed., Editora D' Plácido, 2017, p. 159-160.

⁴⁹ URY, Willian; FISCHER, Roger. *Getting to yes: negotiation and agreement without giving in*. 2ª ed. New York: Penguin Group, Random House Business Books, 1991, p. 11-12.

⁵⁰ URY, Willian; FISCHER, Roger. *Getting to yes: negotiation and agreement without giving in*. 2ª ed. New York: Penguin Group, Random House Business Books, 1991, p. 14.

⁵¹ URY, Willian; FISCHER, Roger. *Getting to yes: negotiation and agreement without giving in*. 2ª ed. New York: Penguin Group, Random House Business Books, 1991, p. 24.

⁵² URY, Willian; FISCHER, Roger. *Getting to yes: negotiation and agreement without giving in*. 2ª ed. New York: Penguin Group, Random House Business Books, 1991, p. 25.

A incumbência talvez mais importante do mediador é identificar os interesses das partes, o que poderá ser realizado a partir de perguntas-chave (“por que”, ou “por que não”)⁵³ e de reuniões individuais nas quais se conversa separadamente com cada indivíduo no intuito de esclarecer questões dúbias e colher informações que possam contribuir com o atingimento de uma solução⁵⁴. Ury e Fischer ressaltam que as necessidades humanas básicas, como segurança, bem estar-econômico, sentimento de pertencimento, reconhecimento e controle da própria vida, são as fontes mais poderosas de geração de interesses⁵⁵. Tendo isto em mente, o mediador possuirá a matéria prima que norteará sua busca pela identificação dos interesses os quais alicerrearão a condução das tratativas⁵⁶.

O terceiro princípio, geração de opções com ganhos mútuos, depende da identificação de interesses e implica em um trabalho criativo no qual se cogita soluções que possam atender, bilateralmente, às pretensões das partes, agregando valor a ambas. Percebe-se como a noção do ótimo de Pareto faz-se presente nesta perspectiva, também chamada na AED de “equilíbrio, que é o padrão comportamental interativo atingido quando os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente⁵⁷.

Para otimizar tempo, evitando-se discussões

⁵³ URY, Willian; FISCHER, Roger. *Getting to yes: negotiation and agreement without giving in*. 2ª ed. New York: Penguin Group, Random House Business Books, 1991, p. 25.

⁵⁴ PETERS, Don. It takes to tango, and to mediate: legal cultural and other factor influencing United States and Latin American lawyers reluctance to mediate commercial disputes. *Richmond Journal of Global Law & Business*. Vol 9:4, p. 381-429, 2010, 423-424.

⁵⁵ URY, Willian; FISCHER, Roger. *Getting to yes: negotiation and agreement without giving in*. 2ª ed. New York: Penguin Group, Random House Business Books, 1991, p. 27.

⁵⁶ URY, Willian; FISCHER, Roger. *Getting to yes: negotiation and agreement without giving in*. 2ª ed. New York: Penguin Group, Random House Business Books, 1991, p. 29.

⁵⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia. In: *Cader-nos Direito GV*. V.5, Nº 2, março, p. 5-58, 2008, p. 20.

improdutivas, deve-se respeitar o princípio de estipulação de critérios objetivos.

Ressalva-se que interesses, resultados de vontades ou necessidades, ainda podem ser contrapostos. Se A tem interesse de pagar, no máximo, R\$ 100,00s e B tem interesse que A pague, no mínimo, R\$ 3000,00, insistir na negociação só aumentará o custo das tratativas, retornando-se ao problema da negociação por meio de posições.

Tendo isto em vista, o mediador deve fomentar que as partes estabeleçam critérios objetivos de justiça, acerca do que é aceitável, ou não. Estes facilitarão as negociações por vincularem a conduta de ambas as partes ao seu conteúdo, pois elas mesmas os terão estipulado a partir das provocações do mediador. Os critérios poderão ser invocados sempre que uma das partes não os observe, criando-se assim uma espécie de ordem comunal que amplia a confiança de todos entre si, trazendo-se à baila *standards* que viabilizam a consolidação de expectativas⁵⁸.

Padrões do gênero evitam que os negociantes se sintam inferiorizados, ou “passados para trás”, pois oferecem segurança de que estes princípios são mutuamente benéficos, uma vez que foram conjuntamente estipulados⁵⁹. Este último fator também contribui para a melhor execução de eventual acordo, afinal ambas as partes tomarão o respeito ao combinado como a atitude mais justa⁶⁰.

O mediador opera então como um agente responsável por gerenciar o fluxo de comunicação e a troca de informações entre as partes e ele age com base na promoção de equilíbrio, o qual

⁵⁸ URY, Willian; FISCHER, Roger. *Getting to yes: negotiation and agreement without giving in*. 2ª ed. New York: Penguin Group, Random House Business Books, 1991, p. 42-48.

⁵⁹ URY, Willian; FISCHER, Roger. *Getting to yes: negotiation and agreement without giving in*. 2ª ed. New York: Penguin Group, Random House Business Books, 1991, p. 43-44

⁶⁰ URY, Willian; FISCHER, Roger. *Getting to yes: negotiation and agreement without giving in*. 2ª ed. New York: Penguin Group, Random House Business Books, 1991, p. 44.

só poderá ser atingido através da confiança e, logicamente, da redução da assimetria de informações⁶¹.

Para Andrew H. Kydd, o mediador instiga a confiança entre as partes quando é aversivo a comportamentos exploratórios⁶². Na mediação judicial, ainda que isto represente uma atuação incisiva (interpretada como própria da conciliação), tal atitude é importante especialmente por zelar pela exequibilidade de acordos, os quais, se muito desvantajosos, não incentivarão o seu respeito pela parte prejudicada.

O mediador, por sua posição de imparcialidade, pode se dar ao luxo de instigar reflexões e atitudes cooperativas que gerem benefícios a ambas as partes e desconstruam estereótipos, como esclarecer os riscos da falta de confiança, da assimetria de informações e fazer perguntas que levem as partes a exporem seus interesses⁶³, bem como a atestarem a realidade dos fatos, criando-se assim um ambiente fértil para o diálogo honesto⁶⁴.

Na ótica da AED, entretanto, tem-se que as partes que possuem melhores condições de suportar um conflito, pelo maior poder relativo de barganha, poderão persistir na manutenção deste, aproveitando-se do menor poder da contraparte a fim forçar um acordo que lhes seja mais favorável⁶⁵. Isso acarreta em um problema para o mediador, pois a sensação sobre a sua imparcialidade é o que garantirá a manutenção da sua reputação,

⁶¹ KYDD, Andrew H. *The Honest Broker: mediation and mistrust*. Cambridge: Harvard University, 2005, p. 19. Disponível em: https://wcfia.harvard.edu/files/wcfia/files/980_mediation_2b.pdf. Acesso em 20 de ago. de 2018.

⁶² KYDD, Andrew H. *The Honest Broker: mediation and mistrust*. Cambridge: Harvard University, 2005, p. 19. Disponível em: https://wcfia.harvard.edu/files/wcfia/files/980_mediation_2b.pdf. Acesso em 20 de ago. de 2018.

⁶³ KYDD, Andrew H. *The Honest Broker: mediation and mistrust*. Cambridge: Harvard University, 2005, p. 3, 7, 10 . Disponível em: https://wcfia.harvard.edu/files/wcfia/files/980_mediation_2b.pdf. Acesso em 20 de ago. de 2018.

⁶⁴ AYRES, Ian; BROWN, Jennifer Gerarda. Economic Rationales for Mediation. Yale: *Virginia Law Review*, v. 80, n. 2, p. 323-402, march 1994, p. 325.

⁶⁵ KYDD, Andrew H. *The Honest Broker: mediation and mistrust*. Cambridge: Harvard University, 2005, p.25. Disponível em: https://wcfia.harvard.edu/files/wcfia/files/980_mediation_2b.pdf. Acesso em 20 de ago. de 2018.

logo, se não intervir rumo ao equilíbrio, ele permitirá que uma parte explore a outra, mas se intervir estará desfavorecendo a exploradora⁶⁶.

Nessas circunstâncias, o mediador deve encontrar pontos que demonstrem o aumento de custos da espoliação para ambos os lados, como já dito: se alguém cede a um acordo desvantajoso, tendencialmente o descumprirá e isso gerará mais custos de transação para a fiscalização do combinado, além do que, o seu descumprimento, implicaria novamente em um processo, agora de execução. Assim, o mediador se preserva e fomenta à cooperação favorecendo ambos os lados.

Tanto Kydd, quanto Ian Ayres e Jennifer Gerarda Brown, tomam a reunião privada (chamada de *caucus* em inglês) como a maior ferramenta da mediação, pois ao permitir a coleta de informações e das razões da ausência de confiança⁶⁷ ela possibilita a averiguação de uma zona de acordo⁶⁸. Estas reuniões asseguram ao mediador o controle do fluxo de distribuição de informações pertinentes para a produção de confiança, de modo que ele poderá informar às partes se há, ou não, viabilidade de acordo, e, se elas concordarem, poderá revelar informações que tornariam esse acordo viável⁶⁹.

De outra forma, o mediador pode indicar às partes a relevância que a revelação de uma informação específica teria para fins de se adentrar na zona de acordo, isso quando o próprio mediador se compromete, e as partes aceitam, que se revele à contraparte apenas ofertas que culminem em ganhos mútuos dentro

⁶⁶ KYDD, Andrew H. *The Honest Broker: mediation and mistrust*. Cambridge: Harvard University, 2005, p.27-28. Disponível em: https://wcfia.harvard.edu/files/wcfia/files/980_mediation_2b.pdf. Acesso em 20 de ago. de 2018.

⁶⁷ KYDD, Andrew H. *The Honest Broker: mediation and mistrust*. Cambridge: Harvard University, 2005, p.4-5. Disponível em: https://wcfia.harvard.edu/files/wcfia/files/980_mediation_2b.pdf. Acesso em 20 de ago. de 2018.

⁶⁸ AYRES, Ian; BROWN, Jennifer Gerarda. Economic Rationales for Mediation. Yale: *Virgínia Law Review*, v. 80, n. 2, p. 323-402, march 1994, p. 327.

⁶⁹ AYRES, Ian; BROWN, Jennifer Gerarda. Economic Rationales for Mediation. Yale: *Virgínia Law Review*, v. 80, n. 2, p. 323-402, march 1994, p. 327.

das pretensões de ambas⁷⁰. Mesmo em uma mediação que permita posturas avaliativas, ressalta-se que o mediador não faz propostas diretamente as duas partes, mas testa eventuais ofertas durante as reuniões privadas, para verificar a disposição dos envolvidos a aceitar ofertas também benéficas a outra parte, assim se identifica o preço de reserva (até onde cada um está disposto a ir)⁷¹.

Não sendo conciliáveis as necessidades e não havendo concordância sobre os critérios objetivos de justiça, o mediador poderá informar que inexistente possibilidade de acordo com ganhos mútuos, e assim cessa a negociação, poupando tempo das partes⁷². Dessa maneira, segundo Brown e Aires, sem um mediador disposto a cancelar as negociações, as partes tendem a continuar mascarando a verdade, pois isso é vantajoso, afinal o risco máximo é o acordo não ocorrer⁷³. Por tal razão, a capacidade do mediador parar as negociações tem com um papel instigar os conflitantes a contarem a verdade, pois só assim haverá continuidade da barganha.

Ao incitar a clarificação da verdade, dos interesses e estabelecer critérios norteadores da construção de soluções, os mediadores reduzem a assimetria de informações, o risco moral em relação à oferta de propostas mais desvantajosas e inviabilizadoras do consenso e a seleção adversa, conseqüentemente, evitando a majoração dos custos de transações que seriam necessários para atingir estes mesmos objetivos⁷⁴.

Ayres e Brown afirmam que os mediadores reduzem a

⁷⁰ AYRES, Ian; BROWN, Jennifer Gerarda. Economic Rationales for Mediation. Yale: *Virgínia Law Review*, v. 80, n. 2, p. 323-402, march 1994, p. 344.

⁷¹ AYRES, Ian; BROWN, Jennifer Gerarda. Economic Rationales for Mediation. Yale: *Virgínia Law Review*, v. 80, n. 2, p. 323-402, march 1994, p. 340.

⁷² AYRES, Ian; BROWN, Jennifer Gerarda. Economic Rationales for Mediation. Yale: *Virgínia Law Review*, v. 80, n. 2, p. 323-402, march 1994, p. 354-355.

⁷³ AYRES, Ian; BROWN, Jennifer Gerarda. Economic Rationales for Mediation. Yale: *Virgínia Law Review*, v. 80, n. 2, p. 323-402, march 1994, p. 342.

⁷⁴ AYRES, Ian; BROWN, Jennifer Gerarda. Economic Rationales for Mediation. Yale: *Virgínia Law Review*, v. 80, n. 2, p. 323-402, march 1994, p. 327.

seleção adversa: (i) convencendo as partes deixarem de negociador quando não houver ganhos mútuos, (ii) instigando a divisão de benefícios, (iii) traduzindo “barulhos”(informações imprecisas lançadas pelas partes) por meio de perguntas que as instiguem a dizer o que realmente pretendem, ou, ainda, (iv) “criando barulhos”, a fim de que as próprias partes corrijam as informações imprecisas oferecidas pelo mediador no intuito de nortear a mediação a partir de pretensões reais⁷⁵. Percebe-se, portanto, o claro viés avaliativo neste último ponto tratado pelos autores quando a geração de barulhos é feita conscientemente pelo mediador.

Caso as partes não compartilhem informações privadas na reunião individual, elas podem provocar a criação inconsciente de barulhos pelo mediador, que, ao tentar auxiliar na cooperação, por ausência de informações, poderá fazer apontamentos ou perguntas destoantes dos interesses das partes, obrigando-as a corrigi-lo e a revelar seus interesses. Isto demonstra como, mesmo em uma perspectiva facilitadora (não diretiva), as reuniões individuais podem agregar valor às partes, pois o “barulho” (conscientemente realizado, ou não) incentiva à redução de assimetria de informações⁷⁶

Os citados autores apregoam a mitigação da confidencialidade das reuniões individuais, contudo, tem-se que isso não é saudável, pois compromete a espontaneidade do diálogo com o mediador e dificultaria a este adquirir uma noção mais profunda do problema, mesmo com a possibilidade da geração inconsciente de barulhos reduzir este risco⁷⁷

Finalizando este tópico, tem-se que os aludidos benefícios e redução de óbices pela mediação possibilitam, em tese,

⁷⁵ AYRES, Ian; BROWN, Jennifer Gerarda. Economic Rationales for Mediation. Yale: *Virgínia Law Review*, v. 80, n. 2, p. 323-402, march 1994, p. 328, 357.

⁷⁶ AYRES, Ian; BROWN, Jennifer Gerarda. Economic Rationales for Mediation. Yale: *Virgínia Law Review*, v. 80, n. 2, p. 323-402, march 1994, p. 377.

⁷⁷ AYRES, Ian; BROWN, Jennifer Gerarda. Economic Rationales for Mediation. Yale: *Virgínia Law Review*, v. 80, n. 2, p. 323-402, march 1994, p. 388-389.

uma resolução mais célere e sólida de conflitos, reduzindo os custos que o judiciário tem com a manutenção de processos que poderiam ser solucionados através dela e permitindo a maior atenção a casos que não admitem transação, ou cuja as partes insistam na abordagem adversarial. Nos termos expostos, a mediação pode gerar valor à atividade institucional de tutela de conflitos e harmonização social.

Ressalva-se, entretanto, que para fins aferir a extensão monetária dos benefícios da mediação para o judiciário, mais especificamente para a Justiça Estadual Comum não-criminal, faz-se necessário calcular o (i) custo do processo, (ii) eventuais receitas geradas pelo processo, (iii) a quantidade de recursos que a mediação pode poupar e (iv) o custo para a realização da mediação. Antes disto, entretanto, dissertar-se-á brevemente acerca do contexto em que as instituições brasileiras optaram por investir na mediação

3. O CUSTO DO PROCESSO E A OPÇÃO JURISDICIONAL PELO FOMENTO À MEDIAÇÃO

Para Tânia Lobo Muniz, o aumento demográfico, a elevação do consumo, a afirmação e expansão dos direitos humanos e fundamentais, a evolução de tecnologias, e a ampliação do fluxo de informações contribuíram para o crescimento da litigiosidade judicial sem que, no entanto, a máquina judiciária tivesse se aprimorado para atender à demanda⁷⁸. Isto implicou em um quadro de excesso de trabalho, morosidade e diminuição de credibilidade que a autora designou de “crise”⁷⁹.

⁷⁸ MUNIZ, Tânia Lobo. *O conflito, os modelos de solução, o acesso à justiça e a estrutura oficial de solução de conflitos*. Em: MUNIZ, Tânia Lobo. *Estudos em Direito Negocial e os mecanismos Contemporâneos de Resolução de Conflitos*. Birigui: Boreal, p. 29-69, 2014, p. 47-49.

⁷⁹ MUNIZ, Tânia Lobo. *O conflito, os modelos de solução, o acesso à justiça e a estrutura oficial de solução de conflitos*. Em: MUNIZ, Tânia Lobo. *Estudos em Direito Negocial e os mecanismos Contemporâneos de Resolução de Conflitos*. Birigui: Boreal, p. 29-69, 2014, p. 47-49.

Jürgen Habermas definiu que as crises surgem quando as estruturas de um sistema não oferecem possibilidades de soluções aptas a resolverem problemas que elas se propõem a solucionar, o que põe em cheque a necessidade de sua manutenção⁸⁰. É neste sentido que Muniz afirma que o sistema judicial passa por uma crise e é partindo deste pressuposto que se busca explicar porque o Estado vem dando maior atenção à autocomposição. Um sistema que se propõe a harmonizar as relações sociais, portanto, depende de uma atuação célere e eficiente, caso contrário representará mais um custo social do que um benefício.

Nesta linha, em 2010 o CNJ publicou a Resolução nº 125, estipulando a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos, na qual se formalizou uma pretensão institucional de incentivo à autocomposição. Observa-se que a primeira consideração da Resolução alude à necessária observância da eficiência operacional⁸¹.

A existência da autocomposição no seio judicial é anterior à supracitada resolução, sendo inclusive uma diretriz básica da tutela de casos nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, criados pela Lei nº 9.099 de 1995⁸². Ainda, a política pela implementação de práticas autocompositivas é adotada pelo CNJ desde 2006⁸³.

Não obstante, a autocomposição sempre fora prática comum na Justiça do Trabalho⁸⁴, principalmente ante a cultura das

⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio* 3 ed., Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, Tempo Universitário, 1999, p. 13.

⁸¹ “Considerando que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, nos termos da Resolução/CNJ nº 70, de 18 de março de 2009”. Em: BRASIL. *Resolução 125, de 29 de novembro de 2010*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010.

⁸² “Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”. Em: BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Brasília: Congresso Nacional, 1995.

⁸³ BRASIL. *Justiça em números 2017*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017, p. 125.

⁸⁴ “art. 625-D. Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão

negociações sindicais, celebração de acordos coletivos, e existência das Juntas de Conciliação e Comissões de Conciliação Prévia. Em 2017, inclusive, a seara judicial com maior índice de acordos foi a trabalhista⁸⁵.

A Resolução 125/2010 do CNJ, entretanto, é tida como um marco de democratização da mediação judicial e através dela previu-se a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC). A partir de então, organizou-se um movimento institucional de capacitação em massa de mediadores para efetivar a resolução de conflitos e escoar demandas aos CEJUSCS, onde seriam realizadas as práticas autocompositivas.

Pela capacitação e certificado, os interessados deveriam atuar como mediadores em um determinado número de audiências, hoje estabelecido em horas⁸⁶. Este período, chamado de estágio, não é remunerado, de modo tal que o judiciário pôde contar com o auxílio de terceiros voluntários que, durante seu treinamento, conduziam práticas autocompositivas em casos reais, podendo solucionar litígios, que durariam anos, em apenas algumas horas, pois após a celebração de um acordo, o juiz responsável, atestando sua legalidade, o homologa, pondo fim ao processo.

Em 2015, em face ao reconhecimento da autocomposição como meio eficiente de resolução de conflitos, o Congresso Nacional previu dispositivos acerca do tema no Novo Código de

de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria”. Em: BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília: Congresso Nacional, 1943.

85 BRASIL. *Justiça em números 2018*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 137.

86 Segundos os Parâmetros para a Capacitação de Conciliadores e Mediadores Judiciais do CNJ, a capacitação conta com um total de 100 horas de supervisão, sendo 40 horas teóricas e 60 horas práticas, estas cumpridas com a atuação do estagiário como conciliador em audiências. Em: BRASIL. *Parâmetros para a Capacitação de Conciliadores e Mediadores Judiciais*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/f77e921c7630dcc34e5d09519457e05f.pdf>. Acesso em 23 de setembro de 2018.

Processo Civil (NCPC, ou Lei 13.105 de 16 de março de 2015) e promulgou a Lei da Mediação (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015), convocando todas as instituições a estimularem a sua prática. Ainda, no art. 174 do NCPC, determinou-se que os entes federativos deveriam criar câmaras de mediação com a atribuição para promover a solução consensual de conflitos envolvendo o Poder Executivo.

Outra escolha relevante do legislador foi estipular no art. 334, *caput*, §4º, incisos I e II, do NCPC que, tão logo ajuizada a ação e verificadas as suas condições de admissibilidade, antes da abertura de prazo para se contestar a petição inicial, o réu seria citado para participar de audiência conciliação, a qual só deixaria de ser realizada caso ambas as partes, expressamente, manifestassem desinteresse, ou caso tal medida não fosse legalmente admissível. Esta opção sob a ótica da AED, representa uma positividade pautada na eficiência, pois se pelo menos um dos conflitantes está disposto a dialogar, a única maneira institucional de potencializar as chances de um consenso e, conseqüentemente, findar rapidamente o litígio, é oportunizando um espaço seguro de interação no qual os envolvidos serão incentivados a conversar.

Em tal contexto, o custo oportunidade institucional de ceder um mediador, geralmente voluntário, um espaço para a mediação, um juiz coordenador e alguns servidores para monitoramento das mediações, parece baixo quando se aventa a possibilidade de sanar litígios em poucas horas. Ainda, um acordo de mediação judicialmente homologado tem a validade de uma sentença (título executivo judicial), e mesmo que não seja homologado, valerá como título executivo extrajudicial, podendo sua execução ser pleiteada em juízo no caso de descumprimento.

Feitas as devidas contextualizações da política objeto deste artigo, será iniciado o cálculo do custo potencial do processo, com base nos dados de 2017, e o quanto a mediação estaria poupando ao judiciário.

3.1. O CUSTO MÉDIO DO PROCESSO JUDICIAL NÃO-CRIMINAL TRÂMITE NA JUSTIÇA ESTADUAL COMUM

Benjamim Miranda Tabak, em “O Custo da Justiça, à Luz das Modernas Técnicas de Gestão Judicial e da Análise Comportamental do Direito”, propôs como cálculo do custo médio de um processo, a divisão do total de despesas judiciais pelo número de casos novos que ingressaram no judiciário e, posteriormente, pelo número de processos pendentes (com os quais o judiciário terminou o ano), calculando-se a partir de tais dados o custo médio⁸⁷.

Entende-se, entretanto, que tal equação poderia ir além, considerando, variáveis que proporcionariam um cálculo, ainda que limitado, mais preciso. Como outras variáveis as quais poderiam ser consideradas, tem-se como relevantes: (i) o total de gastos do judiciário com inativos (pensões e aposentadorias) que não aumentam o custo de um processo, (ii) que há processos suspensos os quais representam um gasto ínfimo quando comparado com os ativos, (iii) a potencial duração do processo, (iv) a dedução do valor de receita que através do pagamento de custas judiciais e de execuções de valores retornam ao erário.

A título de ressalva inicial, tem-se que uma equação que calcula o custo do processo, ampara-se em premissas hipotéticas e limites como: (i) as despesas judiciais consideradas são direcionadas somente a potencializar a resolução de processos, (ii) cada processo, independentemente da complexidade da matéria, potencialmente custaria entre os valores médios calculados, (iii) os dados coletados baseiam-se somente nos valores de um ano específico, no caso, 2017.

De relance pode-se então identificar algumas possíveis

87 TABAK, Benjamin Miranda. O Custo da Justiça, à Luz das Modernas Técnicas de Gestão Judicial e da Análise Comportamental do Direito. *Revista Jurídica*, Curitiba, vol. 03, n. 48, p. 458-481, 2017, p.478.

falhas no cálculo, como: (i) embora nos últimos seis anos o volume processual tenha crescido em proporção às despesas⁸⁸, parte dos gastos não se direcionam à maximização da resolução de conflitos, (ii) cada processo, a depender de suas peculiaridades, terá um custo e uma duração potencial diversa, (iii) não é seguro afirmar que as médias referentes ao ano de 2017 não sejam drasticamente alteradas nos anos seguintes.

A limitação de dados do relatório, entretanto, tornou algumas dessas premissas necessárias para a realização do cálculo. Ainda, não obstante as falhas inerentes às premissas, como há elementos no relatório que se referem à Justiça Estadual como um todo, e consideram, por exemplo recursos dispendidos em casos criminais, os resultados terão sua precisão minimizada.

Ainda, para fins de fornecer uma melhor noção do custo monetário que se pretende aferir, deverão ser feitos cálculos com base em duas quantidades de processos, a que considera o montante dos processos suspensos, em arquivo provisório, ou sobrestados (aguardando, por exemplo, alguma decisão do Supremo Tribunal Federal, ou o julgamento de recursos repetitivos) e a que desconsidera este montante. Tal divisão é pertinente, porque, embora não se saiba o mês de suspensão, arquivamento, ou sobrestamento, fato é que um processo nessa circunstância produz gastos muito menores do que outro em efetiva evolução de tramitação. Esse *gap* permite uma noção mais clara do valor médio que se almeja descobrir, porém é importante ressaltar que a ausência de dados acerca do valor gasto com os processos suspensos falseará ainda mais o resultado.

Em 2017, a Justiça Estadual obteve uma despesa total de R\$ 52.155.769.079,00 e um número de casos pendentes não-criminais de 56.085.943, correspondendo à 88,34% do total de casos pendentes, ou seja, do número de casos com os quais ela

88 BRASIL. *Justiça em Números 2018*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 56.

findou o ano⁸⁹. O número de casos novos não-criminais foi de 17.706.101, e o número de casos não-criminais arquivados definitivamente foi de 18.846.506, assim, considerando, que não se sabe ao certo quando os processos foram arquivados, nem quando ingressaram os casos novos, tomar-se-á os casos pendentes como aqueles os quais geraram despesas para o judiciário o ano todo, de modo que eles serão a base do cálculo⁹⁰. Assim, como 88,34% dos casos pendentes são não-criminais, este percentual será multiplicado pelo total de gastos líquidos (gastos - receitas) da Justiça Estadual para se estimar com maior precisão, partindo das premissas iniciais, o quanto de recursos seriam direcionados para os casos não-criminais na seara judicial supracitada.

Destes casos pendentes, como já observado, certa quantidade estaria suspensa, sobrestada, ou em arquivo provisório, contudo, o Relatório não divulga o percentual específico para a Justiça Estadual, mas apenas em relação ao de processos em geral do judiciário, qual seja a média de 18,1%.⁹¹ Assim, levando em conta que 18,1% é o único percentual de referência acerca dos casos suspensos, essa será a percentagem deduzida do número total processos para fins do cálculo que se pretende realizar.

Em 2017, o custo-médio dos processos sob análise será feito com base no número total de processos da Justiça Estadual não-criminal em tramitação na fase de conhecimento e com base em 81,9% deste algarismo (deduzido o suposto percentual de processos suspensos). Este percentual estimado, então, novamente minimizará a precisão do resultado.

Feitas as aludidas ponderações, os elementos constantes

89 BRASIL. *Justiça em Números 2018*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 32, 34.

90 BRASIL. *Justiça em Números 2018*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 32.

91 BRASIL. *Justiça em Números 2018*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 73.

no quadro abaixo permitirão a realização de cálculos que consideram variáveis as quais oferecem um valor potencial máximo do custo mensal de um processo e o mínimo. A partir do custo mensal a ser calculado, será possível aferir a média do custo do processo em cada fase processual e, a depender da fase em que ocorre o acordo proveniente da mediação, a quantia de despesas supostamente poupada pela Justiça Estadual Comum não-criminal (excluindo-se os acordos celebrados nos juizados especiais pelas razões já apontadas na introdução).

Tabela de Fatores Considerados nas Equações 1 e 2

| Fator | Quantidade |
|---|--|
| Processos Pendentes na Justiça Estadual Comum não-criminal (inclui processos de segundo grau) | 56.085.943 ⁹² |
| Percentual de Processos Suspensos, Sobrestados e em arquivo provisório (em relação a todos os processos judiciais) | 18,1% ⁹³ |
| Npp total = | 56.085.943 de processos |
| Npp desconsiderando processos suspensos: Npp x 0,819 = | 45.934.387 de processos |
| Gasto Total com a Justiça Estadual (incluindo casos criminais e juizados especiais) | R\$ 52.155.769.079,00 x |
| Percentual de gasto com inativos (pensões e a pagamento de aposentadorias) | 12,67% ⁹⁴ |
| Arrecadação da Justiça Estadual deduzido valor adquirido por execuções fiscais, pois este não abate diretamente as despesas com processos | R\$ 18.899.467.878,00 - \$4.400.000.000,00 ⁹⁵ = R\$ 14.499.467.876,00 |
| Glp: (0,8733 x gasto total ⁹⁶) – arrecadação) x 0,8834, = | R\$ 27.427.949.191,30 |

⁹² BRASIL. *Justiça em Números 2018*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 32.

⁹³ BRASIL. *Justiça em Números 2018*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 73

⁹⁴ Percentual calculado com base na diferença (R\$ 31,90) entre o custo da Justiça Estadual por habitante em 2017, considerando os gastos incluindo passivos inativos (R\$ 251,20) e sem estes (R\$ 219,30), o percentual dessa em relação ao total de gastos (R\$ 251,20), que resultou em: 12,699%, arredondado para 12,67%. BRASIL. *Justiça em Números 2018*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 58.

⁹⁵ BRASIL. *Justiça em Números 2018*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 60.

⁹⁶ Gasto total deduzido do percentual de despesas com inativos, que resulta em R\$ 45.547.633.136,70 posteriormente deduzido do valor arrecadado pertinente, que resulta em R\$ 31.048.165.260,70, e depois multiplicado pelo percentual de casos não-criminais, que resulta em R\$ 27.427.949.191,30.

| | |
|---|-------------------------|
| Duração média de processo em 1º Grau, na fase de conhecimento, até arquivamento, na Justiça Estadual Comum (inclui processos criminais) | 43 meses ⁹⁷ |
| Índice de recorribilidade externa ⁹⁸ da 1ª instância para a segunda instância na Justiça Estadual Comum (inclui casos criminais) | 6% ⁹⁹ |
| Duração média de processo em 2º Grau, até arquivamento, na Justiça Estadual Comum (inclui processos criminais) | 11 meses ¹⁰⁰ |
| Duração média de execução judicial, até arquivamento, na Justiça Comum (apenas processos não criminais) | 46 meses ¹⁰¹ |

Equações:

1º Cálculo: Potencial Custo Mensal de um processo: $Glp / Npp \times 12 = PCMP$

Glp: Gastos Líquidos da Justiça Estadual Comum não-criminal com processos¹⁰² = R\$ 27.427.949.191,30

Npp: número total de processos pendentes = 56.085.943¹⁰³ ou 45.934.387¹⁰⁴

12: número de meses no ano.

PCMP: Potencial Custo Mensal de um processo na Justiça Estadual Comum não-criminal.

| | |
|--------|---|
| PCMP = | entre R\$ 40,75 ¹⁰⁵ e R\$ 49,76 ¹⁰⁶ |
|--------|---|

⁹⁷ BRASIL. *Justiça em Números 2018*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 32, 144.

⁹⁸ Segundo o relatório “A recorribilidade externa é dada pela proporção entre o número de recursos dirigidos a órgãos jurisdicionais de instância superior ou com competência revisora em relação ao órgão prolator da decisão e o número de decisões passíveis de recursos dessa natureza. São computados, por exemplo, recursos como a apelação, o agravo de instrumento, os recursos especiais e extraordinários”, p. 96.

⁹⁹ BRASIL. *Justiça em Números 2018*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 96.

¹⁰⁰ BRASIL. *Justiça em Números 2018*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 32, 143.

¹⁰¹ BRASIL. *Justiça em Números 2018*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 35.

¹⁰² Gasto total da Justiça Estadual, deduzido percentual de pagamento de pensões e valores arrecadados aos cofres públicos.

¹⁰³ Considerando processos suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório no final de 2017, que seria o Npp na íntegra.

¹⁰⁴ Desconsiderando processos suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório no final de 2017, que corresponderia a 0,819Npp.

¹⁰⁵ Com Npp integral.

¹⁰⁶ Com 0,819Npp.

2ª Cálculo: Potencial Custo total em determinada fase processual:

$$PCMP \times Dpem = PCTP$$

Dpem: duração potencial em meses de determinada fase processual

PCTP = Potencial Custo total em determinada fase processual:

| | |
|------------------------------|-----------------------------------|
| Fase Processual | Custo potencial total do processo |
| Fase de Conhecimento 1º Grau | entre R\$ 1.752,25 e R\$ 2.139,68 |
| Segunda Instância | entre R\$ 448,25 e R\$547,36 |
| Fase de Execução Judicial | entre R\$ 1.874,50 e R\$ 2.288,96 |

Com as devidas limitações oriundas dos dados, que por vezes misturam as médias dos processos criminais e não-criminais, estes foram os resultados estimados do custo institucional dos processos, abatidos os valores de receitas referentes a taxas e custas judiciais, na Justiça Estadual. Optou-se por não multiplicar o total de arrecadações pelo percentual de casos da Justiça Estadual Comum não-criminal, pois até 40 salários mínimos o juizado especial não cobra custas e nos casos envolvendo o processo penal, até a fase recursal, não há pagamento de custas, salvo para produção de provas e somente se o réu for considerado culpado. Logo, não constando no relatório o valor de arrecadação da Justiça Estadual Comum não-criminal, optou-se, pelos aludidos motivos, a considerar o montante total disposto neste.

3.2 A ECONOMIA DE VALORES PELO USO DE MEDIAÇÕES NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ESTADUAL COMUM NÃO-CRIMINAL

Nesta etapa o cálculo do número de mediações realizadas e da poupança de recursos fica com uma margem de erro significativa, pois o Relatório não incluiu os casos resolvidos pré-processualmente através da mediação e que, portanto, poupariam a maior quantidade de capital da Justiça Estadual Comum

não-criminal. Assim, o cálculo realizado considerará os valores mínimos potencialmente poupados pela autocomposição em tal segmento judicial.

Outra questão relevante é que único dado acerca da mediação que o Justiça em Números oferece é representa o percentual de sentenças homologatórias de acordos de autocomposição judicial em face do número total de sentenças terminativas proferidas¹⁰⁷. O relatório então não avalia quantas sessões de mediação, ou de conciliação foram realizadas no ano de 2017, não oferecendo um percentual de acordos com base no número total de audiências realizadas.

Mais além, o relatório também não discrimina especificamente os aportes de investimentos feitos para a manutenção dos 982 CEJUSCS estaduais¹⁰⁸. Não obstante, outra premissa falseável adotada no cálculo de poupança de recursos é que todos os acordos tenham sido devidamente cumpridos e cada um dos processos vinculados a eles tenham sido efetivamente arquivados, pois isso não é necessariamente verdade, afinal, em havendo de descumprimento do acordo, a tendência é a renovação do litígio judicial e de seus custos.

Os dados relevantes para fins do cálculo que se pretende realizar estão dispostos na tabela abaixo:

Tabela de Elementos referente à Equação nº 3

| Fator | Quantidade |
|--|--------------------------|
| Sentenças na fase de conhecimento de 1º Grau Justiça Estadual Comum não-criminal | 8.340.465 ¹⁰⁹ |
| Índice de Conciliação: | 13,8% ¹¹⁰ |
| Nº de acordos | 1.150.984 |
| Decisões Terminativas 2º Grau da Justiça Estadual Comum não-criminal | 1.773.642 ¹¹¹ |

107 BRASIL. *Justiça em Números 2018*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 137.

108 BRASIL. *Justiça em Números 2018*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2018, p.137.

109 BRASIL. *Justiça em Números 2018*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 36.

110 BRASIL. *Justiça em Números 2018*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2018, p.137138.

111 BRASIL. *Justiça em Números 2018*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça,

| | |
|---|--------------------------|
| Índice de Conciliação: | 0,7% ¹¹² |
| Nº de acordos | 12.415 |
| Sentenças na fase de Execução Judicial | 4.543.307 ¹¹³ |
| Índice de Conciliação (inclui índice dos juizados especiais): | 5,5% ¹¹⁴ |
| Nº de acordos | 249.882 |

Para o cálculo do valor potencialmente economizado pelas mediações, serão considerados os custos mensais dos processos resultantes da equação anterior. No caso das mediações realizadas em 1º Grau, supondo que os litigantes tenham realizado todos os acordos antes da apresentação da contestação, como na situação ideal prevista na lei, ou seja, logo no início do processo, considerar-se-á que eles economizaram todo o tempo médio da execução processual e o tempo da fase de conhecimento em 1ª instância deduzido de 6 meses, tempo hipotético, tido como razoável, estimado entre o ajuizamento da causa e a ocorrência da audiência de conciliação que resultou no acordo homologado.

Ainda, considerando que há 6% de chance da causa tramitar em segunda instância, o valor potencialmente economizado máximo pelas mediações de primeira instância será aquele que leva em conta o tempo de trâmite processual em segunda instância.

Quanto ao tempo economizado, pelas mediações realizadas em 2ª instância, tem-se todos os 46 meses do processo de execução e mais 5 meses (11 meses descontados os 6 meses entre o tempo de ingresso de segunda instância e a mediação). Nas mediações realizadas na fase de execução, o tempo economizado será 40 meses (46 menos 6 meses, novamente utilizando como parâmetro os 6 meses). Trata-se de uma hipótese, pois a mediação pode ser realizada a qualquer tempo.

2018, p. 36.

112 BRASIL. *Justiça em Números 2018*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2018, p.137-138.

113 BRASIL. *Justiça em Números 2018*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 36.

114 BRASIL. *Justiça em Números 2018*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 141.

| Acordo homologado | Economia potencial de tempo |
|-----------------------------------|---|
| 1ª instância fase de conhecimento | Entre 83 meses (43 meses – 6 meses + 46 meses) e 94 meses (considerando o tempo de segunda instância) |
| 2ª Instância | 51 meses (11 meses – 6 meses + 46 meses) |
| Execução Judicial | 40 meses (46 meses -6 meses) |

Proposta de equação

$$Vpe = Nmte \times Cpm \times Nsh$$

Vpe = valor potencialmente economizado se o processo tramitasse até o final

Nmt = número de meses a menos de tramitação

PCMP: Potencial Custo Mensal de um processo na Justiça Estadual Comum não criminal (neste caso serão usados o mínimo e o máximo calculados: R\$ 40,75 e R\$ 49,76)

Nsh = número de sentenças homologatórias de acordos

| Acordo homologado | Economia Potencial de Recursos |
|--|---|
| 1ª instância fase de conhecimento | Entre R\$ 3.892.915.634,00 ¹¹⁵ e R\$ 5.383.658.600,96 ¹¹⁶ |
| 2ª Instância | Entre R\$ 25.801.473,75 e R\$ 31.506.290,40 |
| Execução Judicial | Entre R\$ 407.307.660,00 e R\$ 497.365.132,80 |
| Poupança total potencial (mínimo e máximo) | Entre R\$ 4.326.024.767,75 e R\$ 5.912.530.024,16 |

4. CONCLUSÃO

Após todas as ponderações feitas, conclui-se que a AED neo-institucionalista fornece vários critérios pertinentes para identificar o mediador como um agente que agrega valor à gestão de conflitos a partir, nestes termos, da redução da assimetria de informações, do risco moral, da seleção adversa e, consequentemente, dos custos de transação institucionais relativos à manutenção de litígios processuais.

Apesar das portentosas quantias potencialmente economizadas pelo Poder Judiciário mediante os acordos atingidos a

115 Valor considerando o menor custo mensal de processos (R\$40,75) e o menor número de meses (83).

116 Valor considerando o maior custo mensal de processos (R\$49,76) e o menor número de meses (94).

partir das práticas autocompositivas, tem-se que os objetivos do presente trabalho foram apenas parcialmente cumpridos, afinal, há carência de dados em relação aos investimentos institucionais para garantir recursos humanos e estrutura apta a oportunizar as mediações às partes.

Considera-se ainda, que as médias de valores embora, chamem atenção para as vantagens econômicas de fomento à mediação, demonstrando que está é, em nível institucional, economicamente mais atraente que o processo, não refletem necessariamente a realidade dos recursos economizados, pois não foram discriminados os percentuais de tipos de casos finalizados através de mediação. Logo, não se sabe, em razão da complexidade, se os casos resolvidos pela mediação durariam mais, ou menos do que a média aventada. Por isto e ante a relevâncias das variáveis constantes nos cálculos .foi importante a discriminação de resultados em valores mínimos e máximos, ainda que o gap entre estes seja realmente grande,

É de extrema relevância a supressão da carência no relatório analisado acerca do percentual de acordos com base também no número de audiências de mediação realizadas, pois este comparativo auxiliaria a mensurar a receptividade dos litigantes ao diálogo. Da mesma forma, seria interessante que no relatório do ano seguinte constasse o percentual de acordos que foram cumpridos, ou não, e dos casos de mediação que, ante o descumprimento, teriam voltado a se tornar litígios.

Por fim, tendo em conta a relevância que a autocomposição possui, não só em termos de mudança paradigmática quanto às maneiras de promover a harmonização social, quanto de poupança de recursos, observa-se que as informações acerca dos investimentos nesta seara deveriam receber mais atenção nos levantamentos de dados feitos pelo Judiciário, inclusive para que este possa continuar aprimorando e pesquisando novas alternativas ao processo judicial.



5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. *Mediação, Negociação e práticas restaurativas no Ministério Público*. Belo Horizonte: 2ª ed., Editora D' Plácido, 2017,
- AYRES, Ian; BROWN, Jennifer Gerarda. Economic Rationales for Mediation. Yale: *Virgínia Law Review*, v. 80, n. 2, p. 323-402, march 1994,
- BRASIL. *Justiça em Números 2018*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2018
- BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015*. Brasília: Congresso Nacional, 2015.
- BRASIL *Manual de Mediação Judicial*. 6ª ed., Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.
- BRASIL. *Parâmetros para a Capacitação de Conciliadores e Mediadores Judiciais*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/f77e921c7630dcc34e5d09519457e05f.pdf>
- BRASIL. *Resolução 125, de 29 de novembro de 2010*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010.
- BULLARD, Alfredo. Análisis económico del derecho. Entre el funcionalismo y la esquizofrenia jurídica. In: FABRA ZAMORA, Jorge; NUÑEZ VAQUERO, Álvaro. (Org.) *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, V. 01. P. 736-766, 2015,
- BULLARD GONZALES, Alfredo. *Derecho y economia*. El analisis econômico de las instituciones legales. Lima: Pa-lestra, 2003.
- CALSAMIGLIA, Albert. *Racionalidad y Eficiencia del*

- Derecho*. México: Fontamara, 2003
- COELHO, Cristiane de Oliveira. Análise Econômica do Direito Enquanto Ciência: uma explicação sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico. *Berkeley Program in Law & Economics*. Latin American and Caribbean Law and Economics Association, 2007
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- HABERMAS, Juergen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio* 3 ed., Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, Tempo Universitário, 1999.
- KYDD, Andrew H. *The Honest Broker: mediation and mistrust*. Cambridge: Harvard University, 2005, p. 2. Disponível em: https://wcfia.harvard.edu/files/wcfia/files/980_mediation_2b.pdf.
- MUNIZ, Tânia Lobo. *O conflito, os modelos de solução, o acesso à justiça e a estrutura oficial de solução de conflitos*. Em: MUNIZ, Tânia Lobo. Estudos em Direito Negocial e os mecanismos Contemporâneos de Resolução de Conflitos. Birigui: Boreal, pp. 29-69, 2014.
- PETERS, Don. It takes to tango, and to mediate: legal cultural and other factor influencing United States and Latin American lawyers reluctance to mediate commercial disputes. *Richmond Journal of Global Law & Business*. Vol 9:4, p. 381-429, 2010.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia. In: *Cadernos Direito GV*. V.5, Nº 2, março, p. 5-58, 2008.
- SANDER, Franl E. A.; ROZDEICZED, Lukasz. Marching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leadind to Mediation-Centered Approach. *Harvard Negotiation Law Review*, Spring, 2006.
- SEM, Amartya. *La idea de la justicia*. Madrid: Santillana, 2009.
- TABAK, Benjamin Miranda. O Custo da Justiça, à Luz das

Modernas Técnicas de Gestão Judicial e da Análise Comportamental do Direito. *Revista Jurídica*, Curitiba, vol. 03, n. 48, p. 458-481, 2017.

TIMM, Luciano e GUARISSE, Joao. *Análise económica dos contratos*. In: Direito e economia no Brasil. São Paulo: Atlas, p.158-179, 2014.

URY, Willian; FISCHER, Roger. *Getting to yes: negotiation and agreement without giving in*. 2^a ed. New York: Penguin Group, Random House Business Books, 1991.