

OS *NUDGES* DA SUBSTITUTIVIDADE: A UNIVERSALIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA COMO INCENTIVO ESTATAL AO GRADUAL RETORNO AOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS

THE *NUDGES* OF SUBSTITUTIVITY: THE UNIVERSALIZATION
OF ACCESS TO JUSTICE AS A STATE INCENTIVE FOR THE
GRADUAL RETURN OF TO SELF-COMPOSITION METHODS

SANDOVAL ALVES DA SILVA¹

JOÃO RENATO RODRIGUES SIQUEIRA²

CAMILLE DE AZEVEDO ALVES SIQUEIRA³

RESUMO

Este artigo objetiva analisar em que medida a justiça gratuita pode ser entendida como um *nudge*, isto é, como um estímulo à judicialização dos conflitos, a fim de identificar a influência desse estímulo nas crises pelas quais passa o Poder Judiciário. Para tanto, adotou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo e, como método de procedimento, utilizou-se a pesquisa bibliográfica. Verificou-se que as ondas renovatórias do acesso à justiça, incluindo a justiça gratuita, permitiram a superação do paradigma anterior de acesso apenas formal à justiça. Porém, essa conquista significou, ao mesmo tempo, um *nudge* estatal que consolidou o Judiciário como padrão de acesso à justiça, o que desestimulou outras formas de administração de conflitos e resultou em crises no Judiciário (estrutural, de eficiência, objetiva e subjetiva), as quais, por sua vez, levaram à adoção de métodos autocompositivos, como mediação e conciliação, dentro do Judiciário, culminando nas crises atuais de modelo e de identidade. Conclui-se que é preciso um novo *nudge*, ou um contra estímulo,

- 1 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), na linha de pesquisa sobre constitucionalismo, democracia e direitos humanos. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Graduado em Direito e em Ciências Contábeis; Procurador do trabalho lotado na Procuradoria Regional do Trabalho da 8.ª Região, Professor da Universidade Federal do Pará (UFPA), na Pós-Graduação de Direito, bem como na graduação, membro do IIDP (Instituto Ibero Americano de Direito Processual). Associado da ANNEP (Associação Norte Nordeste dos Professores de Processo). Líder do Grupo de Pesquisa "Comunidade, conflitos, problemas, insatisfações sociais e o estudo sobre paz" (CNPq). LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/2744878887909140>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1795-2281>.
- 2 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Pós-Graduado em Direito do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito-UFPA; Assessor Jurídico no Ministério Público do Trabalho. Membro do Grupo de Pesquisa "Conflitos: processo, administração e paz" (CNPq). LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/0696701101651511>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5411-7322>.
- 3 Doutoranda em Direito pelo PPGD/UFPA. Mestra em Direito pelo PPGD/UFPA. Especialização em andamento em Prática Jurídica e Social pelo PPGDDA. Pós-Graduada em Advocacia Civil pela Fundação Escola do Ministério Público (FMP). Advogada com ênfase em Direito Civil e Processo Civil. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará. Facilitadora de Círculos de Justiça Restaurativa certificada pela Escola Superior de Magistratura do Rio Grande do Sul (ESM-AJURIS). Membro do Grupo de Pesquisa "Conflitos: administração, processo e a paz" (CNPq); Membro do Grupo de Pesquisa: "Observatório de Justiça Restaurativa" (CNPq). LATTES ID: <http://lattes.cnpq.br/3381321326552718>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2879-088X>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

SILVA, Sandoval Alves da; SIQUEIRA, João Renato Rodrigues; SIQUEIRA, Camille de Azevedo Alves. Os nudges da substitutividade: a universalização do Acesso à Justiça como incentivo estatal ao gradual retorno aos métodos autocompositivos. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 19, n. 2, p. 141-159, 2024. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v19i2.10041>.

para incentivar as pessoas a valorizarem a autocomposição e consolidar o novo paradigma que desponta na administração comunitária de conflitos rumo à Cultura de Paz.

Palavras-chave: *nudges*; poder judiciário; crises; métodos autocompositivos.

ABSTRACT

This article aims to analyze the extent to which free justice can be understood as a nudge, that is, as a stimulus for the judicialization of conflicts, in order to identify the influence of this stimulus on the crises that the Judiciary is going through. To this end, the hypothetical-deductive approach method was adopted and, as a procedural method, bibliographical research was used. It was found that the waves of renewal of access to justice, including free justice, allowed the previous paradigm of only formal access to justice to be overcome. However, this achievement meant, at the same time, a state nudge that consolidated the Judiciary as the standard of access to justice, which discouraged other forms of conflict management and resulted in crises in the Judiciary (structural, efficiency, objective and subjective), which, in turn, led to the adoption of self-composing methods, such as mediation and conciliation, within the Judiciary, culminating in the current model and identity crises. It is concluded that a new nudge, or a counter-stimulus, is needed to encourage people to value self-composition and consolidate the new paradigm that is emerging in the community management of conflicts towards the Culture of Peace.

Keywords: *nudges*; judicial power; crises; out-of-court methods.

1. INTRODUÇÃO

Na história da jurisdição, o Judiciário surge como um terceiro imparcial criado para solucionar as controvérsias⁴, apesar de sua solução não ser a única medida aplicável aos conflitos, problemas e insatisfações sociais (CPIS). Porém, no modelo de Estado Liberal, o acesso à jurisdição estatal dessa resolução – ou melhor, dessa gestão – é restrita aos que têm condições de arcar com as custas. As ondas renovatórias de acesso à justiça representam uma resposta às barreiras (e condicionantes) do paradigma anterior⁵. Abordar-se-á aqui a justiça gratuita, solução encontrada para garantir o acesso à justiça estatal dos hipossuficientes.

Todavia, o Judiciário vive um momento de crise estrutural, de crise de eficiência, de crise objetiva e subjetiva, as quais levaram à adoção de métodos autocompositivos em juízo, como a conciliação e a mediação, que, por sua vez, culminaram em uma crise de paradigma e de identidade, em razão da vulnerabilidade de alguns grupos ante as formas autocompositivas e heterocompositivas estatais (o próprio sujeito envolvido ou o Estado-Juiz). Diante disso, questiona-se: em que medida as técnicas autocompositivas permitem o acesso à ordem jurídica justa sem a jurisdição estatal, isto é, estimulam a judicialização dos conflitos, que influiu nas crises do Judiciário?

4 Nesse sentido, indica-se a introdução do artigo *O dever fundamental da persecução da verdade possível ou provável no CPC de 2015* (Silva, 2017a), em que o autor, recorrendo ao método da *storytelling*, relata um sonho com um ancestral muito antigo, que fala sobre a forma de vida dos primeiros *homines sapientes* no planeta e que, por algum motivo, analisa a aplicação da justiça no Brasil atualmente, observando, assim, a passagem da vedação da autotutela ao fortalecimento do Poder Judiciário.

5 Observa-se que, a partir das concepções de Estado social após a década de 30 e das teorias intervencionistas de Keynes, o acesso à justiça passou a ficar mais amplo em vários países. Foram adotadas diversas medidas que possibilitam o acesso à justiça, como, por exemplo, a criação de defensorias especializadas, a criação da justiça do trabalho, o estabelecimento da prerrogativa processual da justiça gratuita, da tutela coletiva. Tempos depois, mais precisamente a partir da década de 70, por uma série de motivos, o Poder Judiciário entra em crise mundial, e tais medidas passam a ser apontadas como as causas da crise. Atualmente, vive-se um período de retrocesso no acesso à justiça estatal: cultiva-se a cidadania de forma irresponsável, uma vez que se busca devolver ao indivíduo seu poder-dever de resolver seus conflitos, sem, para tanto, observar as vulnerabilidades que o atingem. Modifica-se, assim, geneticamente, o acesso à justiça.

No presente trabalho, levanta-se a hipótese de que as ondas renovatórias do acesso à justiça, incluindo a justiça gratuita, foram uma conquista em relação ao paradigma anterior de acesso apenas formal à justiça. Porém, significaram, ao mesmo tempo, um *nudge* estatal que consolidou, em um grau elevado, o Judiciário como paradigma de acesso à justiça e, com isso, desestimulou, em medida inversamente proporcional, outras formas de administração de conflitos. Daí as crises do Judiciário (estrutural, de eficiência, objetiva e subjetiva), as quais, por sua vez, levaram à adoção de métodos autocompositivos, como a mediação e a conciliação, dentro do Judiciário. Por consequência, chegou-se às crises atuais de paradigma e de identidade, porque se misturam as formas autocompositivas e heterocompositivas estatais e o protagonismo da administração dos CPIS.

Portanto, é preciso um novo *nudge*, ou um contraestímulo, para incentivar as pessoas a valorizarem a autocomposição e consolidar o novo paradigma que desponta na administração comunitária de conflitos rumo à cultura de paz, nos casos em que não há necessidade de proteção da hipossuficiência de um dos sujeitos ou de grupos vulneráveis envolvidos.

A análise seguirá este percurso argumentativo: 1) os *nudges*: conceito, relação com o direito e elementos essenciais; 2) os *nudges* e a substitutividade: a opção estatal pela substituição a partir da universalização do acesso ao Judiciário e a crise do Poder Judiciário; 3) soluções estatais para a crise: contraestímulo ao Judiciário, estímulo à autocomposição, para os casos que não violem os direitos e as garantias fundamentais que equilibram o estado de vulnerabilidade de um dos lados existentes em um relação bilateral ou plurilateral.

Utiliza-se aqui o método de abordagem hipotético-dedutivo, uma vez que se propõe uma hipótese para o problema apresentado e tenta-se averiguá-la ao longo do trabalho. Como método de procedimento, adota-se a pesquisa bibliográfica para a obtenção de dados e de argumentos a fim de confirmar ou desqualificar a hipótese levantada.

2. NUDGES

Todas as escolhas são feitas diante de uma arquitetura criada por outras escolhas⁶. Os *nudges* são intervenções – escolhas de terceiros – que direcionam as pessoas para certas escolhas, porém, ao mesmo tempo, permitem que elas optem por um caminho diverso (Sunstein, 2015). Por consequência, funda-se uma nova espécie de poder, o Poder de Influência.

Tal poder é dividido em cinco espécies. A primeira é o poder da recompensa, que implica estimular alguém a fazer algo mediante a promessa de uma recompensa. A segunda espécie é o poder da coerção, que recorre a ameaças e a repreensões para influenciar. A diferença entre a recompensa e a coerção reside no fato de que o primeiro é psicologicamente positivo, enquanto o segundo é negativo (French; Raven, 1959).

6 É importante observar que todos nascem com um vácuo de vivência, o qual é preenchido a partir da vida em comunidade. A participação na vida social permite que o sujeito supere a insensibilidade ante os problemas e as dores do outro, sentimento que resulta da ausência de vivência e de apreensão de outro modo de vida, diferente do seu. De fato, o vácuo de vivência acarreta a dificuldade de compreender o outro, de gerar empatia (Silva, 2019, p. 292).

A terceira espécie é o poder legítimo, que se fundamenta na utilização de uma posição, de um papel de ou um cargo para influenciar, valendo-se de normas internas, prescrições de funções ou papéis e expectativas (French; Raven, 1959).

A quarta espécie é o poder referente (ou poder de referência), segundo o qual o comportamento de outros grupos serve de exemplo a ser seguido ou suscita o desejo de associar-se a esses grupos. Assim, as concepções de um grupo de referência e a sugestão de que participar desse grupo representa a obtenção de prestígio podem ser tratadas como instâncias do poder referente (French; Raven, 1959).

A quinta espécie é o poder do *expert*, pelo qual se impõe a força dos argumentos e dos conhecimentos de especialistas ou de quem detém o conhecimento técnico, usando-o para convencer outros (French; Raven, 1959).

Para os fins deste trabalho, tratar-se-ão os *nudges* como um elemento proveniente do poder de influência, em especial da espécie do poder de referência, em que o comportamento positivo de um indivíduo ou de um grupo consegue influenciar o comportamento de outros membros da comunidade.

Os *nudges* são um mecanismo de controle comportamental (a partir do poder de referência existente em tal mecanismo). A economia comportamental pressupõe que as pessoas por vezes fazem escolhas não puramente racionais. Na verdade, as pessoas são limitadamente racionais, uma vez que suas efetivas escolhas dependem, entre outras coisas, da forma como as questões são apresentadas (*framing*) e de sua disposição para assumir riscos (*risk aversion*⁷), especialmente num ambiente de incertezas, o que pode levar a uma decisão não ótima (Ribeiro; Domingues, 2018).

Portanto, a integração do direito, da economia comportamental e das políticas públicas visa buscar métodos mais eficazes para 1) prevenir possíveis desastres causados por possíveis escolhas ruins e 2) incrementar o bem-estar em diversos setores sociais, como saúde, educação, finanças e segurança (Ribeiro; Domingues, 2018, p. 466-469), para assim, a nosso ver, inclusive, estimular ou incentivar os CPIS.

Para Sunstein (2015), é inevitável o uso de *nudges* em abstrato e, portanto, eles são defensáveis e mesmo exigidos, devendo ser fundamentados no caso concreto, como qualquer ação estatal, conforme a finalidade do Estado e o poder exercido por ele, tal como o poder legítimo, o hierárquico e o informacional.

Consequentemente, os *nudges* não devem ser criticados em abstrato, mas devem passar pelo juízo de consciência e de deliberação individual e coletiva quando minarem 1) o bem-estar (ao promoverem fins ilícitos ou escolhas ruins), 2) a autonomia (ao coagirem as pessoas) e 3) a dignidade (ao humilharem as pessoas) (Sunstein, 2015).

No que diz respeito ao bem-estar, os *nudges* podem ser usados em políticas públicas para promover o combate à pobreza, a preservação do meio ambiente, a alimentação saudável, o combate à discriminação racial e sexual e outras inúmeras causas sociais ligadas às finalida-

7 É importante observar que a aversão ao risco (*risk aversion*) é o fundamento do positivismo presuntivo de Frederick Schauer (2002), o qual compreende o princípio como regra de modo que o Poder Judiciário deve seguir o precedente mesmo que o seu resultado contrarie sua justificativa.

des do Estado. Todavia, seriam eticamente objetáveis se promovessem a discriminação (racial, sexual ou religiosa) ou a poluição do meio ambiente⁸ (Sunstein, 2015).

Quanto à autonomia, a aplicação de *nudges* pelo Estado pode significar uma forma de paternalismo, forte ou fraco, que, ainda que direcionado aos fins do Estado na qualidade de promovedor do bem-estar, pode ser negativo ao diminuir o poder de escolha dos indivíduos e da coletividade (Sunstein, 2015), isto é, sua autonomia de agência e sua autonomia crítica⁹.

Tal crítica, porém, não é válida em abstrato, depende do tipo de *nudges*. Certos *nudges* podem, ao contrário, ampliar o poder de escolha. Pode-se, por exemplo, formular um *nudge* que estimule as pessoas a escolher ativamente, isto é, que garanta que sua vontade seja realmente expressa. Um *prompt* é um *nudge* projetado para fazer as pessoas expressarem sua vontade e pode vir desacompanhado de qualquer esforço para orientar as pessoas para a direção preferida – exceto na direção da escolha (Sunstein, 2015).

Outros *nudges* podem ajudar as pessoas a identificar os melhores meios para alcançar seus próprios fins preferidos. Um exemplo é aquele que garante informação sobre produtos e serviços. Nesse caso, eles também promovem a autonomia na medida em que uma escolha não deveria ser considerada autônoma se baseada em ignorância, pois autonomia pressupõe escolha informada (Sunstein, 2015).

Além disso, toda escolha é tomada com base em um pano de fundo que a influencia (poder de influência). Por conseguinte, o Estado não tem como evitar os *nudges*, pois não pode simplesmente se abster de agir em absoluto, e todas as suas escolhas criam uma arquitetura para as escolhas dos particulares. As leis e as decisões, às vezes por referência, por hierarquia, pela legitimidade ou pela fundamentação, criam um fundo de regras para as interações privadas sem, contudo, determinar resultados específicos (Silva, 2016; Sunstein, 2015).

Quanto à dignidade, seu oposto é a humilhação. Mesmo uma intervenção não coercitiva, que respeite a autonomia e tenha uma finalidade “boa”, que melhore o bem-estar, pode comprometer a dignidade. Por exemplo, uma campanha de saúde pública, voltada para a prevenção da obesidade, pode, no entanto, estigmatizar e humilhar as pessoas que estão acima do peso, retratando-as sob uma luz degradante¹⁰. Nesse caso, a consideração deve ser feita também com base no caso concreto (tipo de *nudges*, de mensagem transmitida e de público-alvo) e não em abstrato (Sunstein, 2015)¹¹.

8 Segundo Sunstein (2015, p. 420), a poluição do meio ambiente é, em parte, um produto de uma arquitetura de escolha inútil, porque uma ampla gama de regras-padrão e de permissões legais ajuda a tornar isso possível, sendo inclusive uma necessidade humana intermediária, como elucidam Doyal e Gough (1994).

9 Adotam-se aqui os conceitos de autonomia de agência e de autonomia crítica desenvolvidos por Doyal e Gough (1994). A autonomia de agência manifesta-se quando as pessoas expressam sua autonomia a partir da sua capacidade de formular objetivos e estratégias consistentes, que acreditam ser de seu interesse e que tentam colocar em prática nas atividades em que se engajam. Para os autores, existem três variáveis-chave que afetam os níveis de autonomia individual: 1) o nível de compreensão que uma pessoa tem sobre si mesma, sua cultura e o que se espera dela como indivíduo dentro daquela cultura; 2) a capacidade psicológica que a pessoa tem de formular opções para si mesma; 3) as oportunidades objetivas que lhe permitem agir. A autonomia crítica, por sua vez, implica a capacidade de comparar regras culturais, refletir sobre as regras da própria cultura, trabalhar com os outros para modificá-las e mudar para outra cultura, se tudo o mais falhar.

10 Nessas situações, observa-se a existência de um impacto desproporcional entre a medida tomada e as consequências de tais atos, isto é, a medida de proteção agrava ainda mais situação.

11 Sob outra perspectiva, constata-se que tal consideração, gradualmente, também pode ser realizada em abstrato, tal como ocorre, por exemplo, nos controles de inconstitucionalidades, nas análises de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e do Incidente de Assunção de Competência (IAC) entre outros.

Nas ações estatais, deve-se divulgar o que está sendo feito e quais as razões para tanto¹². A autonomia exige o escrutínio público, pois é preciso conhecer as razões pelas quais se escolheu para aderir a elas autonomamente (por intermédio da autonomia de agência e crítica). Esse escrutínio é também uma importante salvaguarda *ex ante* e um corretivo *ex post*: reduz a probabilidade de uma arquitetura de escolha que afeta o bem-estar e, se isso ocorrer, corrige ou compensa os efeitos. Ademais, permitir o escrutínio público representa uma medida de respeito e, simultaneamente, mitiga o risco de que *nudges* reduzam o bem-estar ou interfiram na autonomia ou na dignidade (Sunstein, 2015).

Em suma, todo governo cria uma arquitetura para escolhas particulares entre as várias possíveis. Além disso, certos *nudges* são não apenas permitidos, mas também necessários, pois promovem o bem-estar, ampliam a autonomia e respeitam a dignidade, os quais são ponderados com outros poderes (informacional, hierárquico, de legitimidade etc.) para o exercício de uma consciência livre e autônoma.

Outros, porém, sofrem objeções por violar justamente esses alicerces. Consequentemente, os *nudges* não são objetivamente ruins ou bons, e as objeções ou críticas éticas devem ser feitas considerando casos específicos; quando utilizados pelo Estado, a transparência e o escrutínio público são salvaguardas importantes (Sunstein, 2015).

Desse modo, compreendido o que seriam os *nudges* e como eles podem ser utilizados pelo Estado em políticas públicas, abordar-se-á uma das políticas públicas do Estado brasileiro para a universalização do acesso à justiça.

3. A OPÇÃO ESTATAL PELA SUBSTITUIÇÃO A PARTIR DA UNIVERSALIZAÇÃO DO ACESSO AO JUDICIÁRIO

A priori, é importante salientar que o controle jurisdicional exercido pelo Estado por meio da inafastabilidade da jurisdição e da garantia de um amplo acesso ao Poder Judiciário – que consiste em uma das formas de acesso à justiça – é uma consequência da mudança de paradigma referente à passagem da autotutela, por meio de sua vedação, à jurisdição (Silva; Alves; Siqueira, 2021b).

Desse modo, à medida que se foi desenvolvendo, o Estado centralizado absorveu poderes e prerrogativas que antes eram de titularidade dos indivíduos – como a resolução dos conflitos –, de forma que o Estado passou a elaborar normas no intuito de organizar a vida de seus jurisdicionados. Para tanto, valeu-se de instituições, de órgãos e de mecanismos para conseguir a consecução de seus objetivos, destacando-se a Jurisdição (Silva; Alves; Siqueira, 2021b).

A jurisdição é uma das clássicas funções estatais, juntamente com a função legislativa e a administrativa. Nesse sentido, a jurisdição é apresentada como a função do Estado que

12 Observa-se que os motivos de uma ação humana deliberativa podem ser demonstrados pelo poder informacional, o qual obtém-se falando com pessoas, ensinando, explicando, argumentando, discutindo, perguntando, respondendo, por meio dos padrões existentes, com disposição para tornar o conhecimento acessível aos outros, pois as influências são mais duradouras quando se compreende de modo nítido e lógico (Silva, 2016, p. 193).

solucionar (ou trata) as causas que lhe são submetidas, por meio do processo, aplicando, para tanto, a solução (supostamente) juridicamente correta (Câmara, 2019).

Assim, a jurisdição assume um lugar de destaque não só na estrutura social, mas também na vida dos indivíduos, uma vez que seria responsável por resolver os conflitos por intermédio de todos os seus aparatos e instrumentos.

Partindo dessa premissa, uma das características da jurisdição é a substitutividade, uma vez que é exercida contra a vedação da autotutela e os *nudges* formados em desestímulo à autocomposição, numa acepção de poder de influência que se coloca como incapacitante para a administração ou gestão dos CPIS, que têm cunho relacional bilateral e plurilateral ou político.

Assim, é incumbência de o Estado exercer a jurisdição e praticar todos os atos necessários à satisfação do direito que não se pode proteger ou é vedado proteger, como é o caso da autotutela, que é permitido de forma excepcional, como é o caso de legítima defesa, estado de necessidade etc., pois a autotutela, salvo as permissões legais, representa crime do exercício arbitrário de suas próprias razões. Portanto, a substitutividade possibilita que, por meio do processo, sejam produzidos os resultados que tornam dispensável a atuação das partes (ou melhor, dos sujeitos envolvidos) (Câmara, 2019).

No exercício do direito de ação processual por meio da jurisdição, há, pelo menos, uma dupla substituição do sujeito: uma postulatória e outra decisória. A primeira substituição decorre da obrigatoriedade de constituir advogado público ou privado para ingressar com algumas demandas judiciais, excepcionadas as hipóteses de *jus postulandi*, em que não há a substitutividade postulatória. Assim, os fatos vão ao conhecimento do juiz não por quem os vivenciou, mas por um terceiro que poderá até distorcê-los para melhor fundamentar sua pretensão jurídica processual (Silva; Alves; Siqueira, 2021a).

Em seguida, os sujeitos são substituídos novamente, uma vez que o conflito será solucionado pelo juiz, o que incapacita os sujeitos relacionalmente para a resolução daquele conflito (Silva; Alves; Siqueira, 2021a).

A jurisdição consolida-se por intermédio de dois preceitos fundamentais, sem diminuir a importância dos demais: a inafastabilidade da jurisdição pública heterocompositiva e o acesso à justiça. Devido ao corte metodológico do presente trabalho, abordar-se-á o acesso à justiça.

Nos Estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, o acesso à justiça era visto como o direito individual do agravado de propor ou de contestar uma demanda, isto é, o direito de “ir à Corte” (Tartuce, 2015). Era, portanto, apenas o direito formal de propor uma ação, o qual ainda era garantido apenas a quem pudesse arcar com os altos custos da demanda, desconsiderando-se a desigualdade econômica e social entre os jurisdicionados (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2015).

Com os movimentos constitucionalista e processualista do século XX, buscou-se associar as liberdades clássicas, inclusive as de natureza processual, aos direitos sociais, para possibilitar a participação do cidadão na sociedade. Nesse sentido, o direito de acesso à justiça passou a enfrentar algumas percepções: 1) seu exercício poderia ser comprometido por obstáculos socioeconômicos e 2) os direitos destinados a garantir uma nova forma de sociedade apenas poderiam ser concretizados se assegurado um real acesso à justiça (Marinoni; Arenhart; Mitidiero, 2015).

Nesse sentido, é imperioso observar o fortalecimento dos Estados Liberais a partir dos ideais individualistas após as revoluções inglesa e francesa e o fortalecimento do Estado até a década de 30 do século XX. Todavia, o profundo respeito às liberdades individuais levou à agravamento das questões econômicas e sociais, desembocando nas lutas pela efetivação dos direitos sociais, especialmente os pertinentes às relações laborais e previdenciárias (Silva; Alves; Siqueira, 2021b, p. 362).

Quanto aos óbices ao acesso à justiça, Cappelletti e Garth (1988) apontam: 1) os altos custos do processo ou as condições pessoais das partes; 2) a dificuldade de proteção de certos interesses, seja por sua conotação difusa, seja pela dificuldade de considerá-la individualmente; 3) o preocupante inter-relacionamento entre as barreiras existentes, o que dificultava a adoção de medidas isoladas para sanar os problemas.

Em síntese, a primeira onda de acesso à justiça foi a garantia da assistência judiciária gratuita. A segunda onda diz respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica aos interesses difusos, principalmente no que tange às áreas de proteção ambiental e do consumidor. Por fim, a terceira onda inclui os posicionamentos anteriores e preocupa-se com a justiça da decisão (Cappelletti; Garth, 1988)¹³.

A assistência judiciária gratuita possibilita a universalização do acesso à justiça e do acesso ao Judiciário, uma vez que, por meio da gratuidade das despesas processuais e da isenção das taxas e dos emolumentos do processo, permite que todos, indistintamente, possam levar seus problemas, conflitos e insatisfações sociais (CPIS) ao Judiciário, desde que atendidas as condições necessárias para que o sujeito seja qualificado como assistido.

Desse modo, constata-se que a justiça gratuita é um *nudge* aplicado em políticas públicas, isto é, um meio que o Estado, como será exposto na seção seguinte, adotou para incentivar as pessoas a submeterem seus conflitos à apreciação do Poder Judiciário de modo que possa exercer seu controle jurisdicional do conflito, em compasso com uma cultura de “sentença” de *comum law*.

Logo, na medida em que o Estado, por meio de uma política pública, adota o sistema de universalização da jurisdição mediante a gratuidade judiciária, não estimula, em contrapartida, outros instrumentos de gestão ou de administração de CPIS que não envolvam, necessariamente, a figura do Poder Judiciário (Estado). O *nudge* clássico era a eleição da atuação jurisdicional estatal como a ferramenta principal para a resolução de conflitos, apesar da tendência atual de alterar essa referência das formas de tratamento de CPIS.

Com isso, não se nega a importância da justiça gratuita como materialização do acesso à justiça como direito social. Trata-se de uma conquista histórica importante que permitiu que violações de direito, antes normalizadas, fossem observadas e administradas ou geridas. Grupos que eram excluídos e marginalizados ganharam voz por meio da justiça estatal gratuita e tiveram suas demandas gradualmente atendidas. Porém, considerando que um dos fundamentos dos *nudges* é justamente a autonomia, é melhor que eles estimulem mecanismos que garantam maior autonomia, como *prompts*, referências de estímulos comportamentais, e informação.

13 Nesse mesmo sentido, ver Silva (2017b).

Assim, ao garantir o acesso ao Judiciário de modo gratuito em vez de, gradualmente, por exemplo, estimular a criação ou financiar centros comunitários de aplicação de mediação, de Justiça Restaurativa ou de qualquer outro método, que não o de substituição jurisdicional, o Estado está, em certa medida, relegando os *nudges* a um papel de importância secundária ou alternativa.

Isso deve ocorrer a partir da internalização e da institucionalização da premissa de que não existe uma melhor opção em abstrato para os CPIS; existe(m) antes o(s) melhor(es) método(s) para aquele caso em concreto (Silva; Siqueira, 2019).

Logo, não cabe falar em métodos complementares ou alternativos de resolução, administração ou transformação de CPIS, uma vez que todas essas classificações passam a ideia de que a jurisdição pública é a principal, enquanto as demais seriam secundárias, acessórias ou subsidiárias (Silva; Siqueira, 2019).

No que se refere à expressão “meios alternativos” ou às palavras “complementar” e “alternativo”, registra-se a controvérsia doutrinária e a possível impropriedade técnica, por valorizarem apenas a via jurisdicional. De igual modo, a palavra “adequado” pode implicar uma atecnia, por prestigiar a via autocompositiva em detrimento da jurisdicional. Assim, quando se utiliza “alternativa”, supervaloriza-se o Judiciário; por outro lado, quando se opta por “adequado”, está-se desvalorizando-o (Silva; Siqueira, 2019).

É preferível, então, falar em métodos autocompositivos, pois incentivam a participação direta dos envolvidos no tratamento das CPIS, isto é, incentivam a primariedade no trato, na gestão ou na administração das questões relacionais, deixando o protagonismo e a participação ativa na solução, na administração e/ou na transformação dos casos conflituos para os próprios sujeitos envolvidos.

Cabe observar que há opositores a essa corrente pró métodos autocompositivos ou à resolução por acordo entre as partes, sob várias alegações, em especial, a de que o acordo nem sempre é adequado para resolver litígios complexos, em que há desigualdade de poder econômico entre as partes que compromete a justiça e contamina o acordo, pois a parte com mais recursos tende a ter vantagem nas negociações, afetando o equilíbrio na tomada de decisões (Fiss, 2017).

Esse desequilíbrio entre as partes pode influenciar o acordo de três formas em relação à parte mais pobre: 1) dificuldade de reunir e analisar as informações necessárias à previsão da decisão do litígio, deixando-a em desvantagem no processo de negociação; 2) a necessidade financeira imediata, que a vulnerabilidade leva a aceitar um valor inferior ao que teria direito para resolver o caso rapidamente e acelerar o pagamento; 3) a falta de recursos para sustentar os custos do processo judicial e as despesas como honorários advocatícios podem levar o autor da ação a aceitar termos menos favoráveis, sendo forçada a celebrar um acordo para não ser vítima dos custos do processo (Fiss, 2017)^{<?>}.

Neste sentido, são utilizados conceitos como “macdonaldização das decisões” e “harmonia coerciva” para explicar o fenômeno de exaltação dos métodos autocompositivos como resposta ao problema da crise do judiciário. Trata-se, porém de uma resposta norteadas por ideais de produtividade e massificação, e, portanto, voltada a meios céleres e econômicos, destinados aos conflitos de grupos marginalizados. Neste contexto, tais métodos são considerados um subterfúgio para garantir controle social (Carvalho; Silva, 2018, p. 435; Araujo; Silva, 2013, p. 810-818).

Apesar da força dos argumentos em sentido contrário cabe observar que o a administração autocompositiva dos CPIS se compatibiliza com o sistema multiportas e traz boas razões para enfrentar a crise do Poder Judiciário (jurisdição estatal heterocompositiva). Nesse sentido, tem-se que o processo judicial deveria ser visto (portanto, deveria ser estimulada tal visão) como um dos muitos meios de resolver um determinado CPIS, salvo em casos em que o processo judicial – isto é, a substituição – faz-se obrigatória, como as ações necessárias ou em casos de vulnerabilidade em um dos lados da relação, bilateral ou plurilateral.

Assim, o Estado, ao valer-se da gratuidade da justiça, sem, no entanto, estimular a auto-composição dentro e fora do Judiciário, acaba por incentivar o regime da substituição por um terceiro imparcial que vai deliberar em seu nome, encorajando, assim, a judicialização dos casos. Essa judicialização, por conseguinte, eleva o número de demandas propostas perante o Estado e pode ocasionar, em certa medida, o abarrotamento e as crises do Judiciário. As consequências são a demora demasiada, a inefetividade da jurisdição, a falta de concretização de direitos e a sensação de injustiça envolvendo a prestação jurisdicional pública.

4. A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO

A crise do Poder Judiciário tem por consequência a crise estatal, uma vez que todos os conflitos apenas lhe são remetidos (aumentando o tamanho do Estado, seus investimentos etc.), em um sistema em que a sociedade permanece inerte enquanto seus conflitos (ou melhor CPIS) são solucionados por um terceiro (pobre da vivência das partes)¹⁴, o juiz (Spengler, 2018)¹⁵.

Por meio desse sistema, o cidadão (jurisdicionado) esquece que o conflito é um instituto complexo que provém de fatores nem sempre regulamentados (e que, em muitos casos, precisa da participação direta e ativa dos sujeitos envolvidos). Assim, os litigantes, interligados pelo conflito, esperam que a solução venha de um terceiro (Estado-juiz) que tem a incumbência de declarar quem tem mais razão ou quem é o vencedor da contenda (Spengler, 2018).

Na jurisdição, há conflito entre as partes (ou melhor, os sujeitos) que precisam ser resolvidos (ou melhor, administrados ou geridos); por isso, vai-se ao Judiciário (supostamente poder último), que, pela tutela jurisdicional estatal, substitui as partes e soluciona a lide. A solução é dada após um longo processo judicial que, não raras vezes, de forma não pacífica, impõe aos sujeitos uma resposta que não soluciona o conflito ou que o soluciona de modo aparente, mas que em verdade aumenta e potencializa as violências (Spengler, 2018).

A monopolização da justiça (e, por conseguinte, do que seria o justo), por meio da jurisdição, recepciona, regula e trata as crescentes conflitualidades. Todavia, esse processo acarretou altos graus de ineficiência do sistema judicial, demonstrando que o Estado e, consequentemente, suas ações sempre estiveram mais voltadas para os “remédios” e quase nunca para as causas da litigiosidade (Spengler, 2018).

14 O vácuo de vivência caracteriza-se pela insensibilidade aos problemas e às dores do outro, dada a ausência de vivência e de apreensão de outro modo de vida, diferente do meu. Esse vácuo acarreta a dificuldade de compreender o outro, de gerar empatia, podendo levar ao desenvolvimento de julgamentos injustos, infundados e descontextualizados (Silva, 2019).

15 Nesse mesmo sentido, ver Silva (2017b).

Desse modo, ao assumir o monopólio da jurisdição, o Estado pretende tratar o conflito por meio da aplicação do Direito positivo. Entretanto, tal aplicação é negativamente influenciada pelo aumento considerável da litigiosidade, pelo agigantamento da burocracia estatal, pela produção legislativa desenfreada (que, em muitos casos, ocorre sem estudos prévios ou sem levar em consideração dados) e pela ampliação das faculdades discricionárias dos juízes (ativismo judicial) (Spengler, 2017).

Deduz-se do exposto que o Poder Judiciário passa por algumas crises. No presente artigo, abordar-se-ão as seguintes crises: 1) de identidade; 2) de eficiência; 3) estrutural; 4) objetiva (ou técnico-formal); 5) subjetiva (ou técnico-material); 6) de paradigma.

A crise estrutural do Judiciário advém da dificuldade que o Estado teve de acompanhar o agigantamento das demandas a ele submetidas. Essa crise pode ser traduzida pelos problemas ligados à infraestrutura das instalações judiciárias, ao déficit de pessoal, à ausência de treinamento adequado dos serventuários da justiça, à obsolescência de equipamentos (e das técnicas de gestão e administração de CPIS), ao aumento dos custos (o qual não necessariamente é acompanhado pela disponibilidade dos investimentos estatais) (Spengler, 2017).

Desse modo, a crise estrutural está evidenciada na estrutura judicial lenta, pesada e quase inoperante no que tange à eficiência em termos de quantidade e de qualidade das soluções de processos (Freitas Filho, 2003). Essa crise reflete diretamente na ineficiência da gestão ou administração de todas as demandas levadas à jurisdição pública.

A crise de eficiência impossibilita que o Poder Judiciário responda de modo eficiente à complexidade social e à grande quantidade de litigiosidade que enfrenta. Desse modo, o Judiciário sucumbe perante a carga de tarefas a ele submetidas. Evidencia-se o descompasso entre a procura e a oferta de serviços judiciais (Spengler, 2017).

A morosidade do Judiciário, um dos muitos aspectos da crise de eficiência, é decorrente desse desequilíbrio entre a oferta de serviços públicos adjudicatórios e a demanda por esses mesmos serviços. Entretanto, para uma compreensão completa desse fenômeno, seria necessária uma investigação empírica¹⁶ dos padrões atuais de litigância para se identificar em que medida se está diante de um problema de escassez de oferta ou de excesso de demanda (Gico Junior, 2014) ou de falta de um olhar para as novas relações humanas da atualidade.

Esse descompasso gera frustração ante a morosidade e a pouca eficiência dos serviços judiciais. A conjugação dessas circunstâncias provoca o descrédito do cidadão pela justiça, afastando-o dela, muitas vezes. Tal descrença dá-se não só pela distância entre o cidadão, os ritos e a linguagem dos processos judiciais, mas também pelo tempo percorrido por cada procedimento, pela inadequação das decisões em razão da complexidade dos litígios e pela impossibilidade de seu cumprimento (Spengler, 2017).

Assim sendo, o que se verifica é a desconexão entre o aparelho judicial e o sistema político e social (ainda que em certo grau), distanciando-se a lei (ou melhor, sua aplicação) da sociedade, não correspondendo à expectativa de tratamento dos conflitos (Spengler, 2017).

16 O esforço para se compreender a estrutura de incentivos dos agentes componentes da oferta (magistrados) e da demanda (partes, advogados, defensores, procuradores e promotores) é quase inexistente. Assim, as razões tradicionais apontadas para a crise do Judiciário normalmente se resumem à quantidade e à qualidade (ruim) das leis (o problema é do Legislativo), à inobservância das leis pelo Estado (o problema é do Executivo), à cultura brasileira de litigância (o problema é do povo), ao excesso de recursos (o problema é dos advogados) ou à falta de recursos (o problema é dinheiro) (Gico Junior, 2014), mas não traduzem nem demonstram a magnitude desse problema. Desse modo, também há uma crise de legitimidade democrática e de moralidade.

Isso acarreta outras duas crises: a objetiva (técnico-formal) e a subjetiva (técnico-material). A primeira está relacionada à linguagem tecnicista utilizada nos procedimentos e nos rituais forenses e à burocratização (Spengler, 2017).

O fato de o Poder Judiciário estar preso a uma linguagem empobrecida, verborrágica, inflexível e impregnada de tecnicidades jurídicas coloca por terra a ideia de que é uma instituição educativa e que promove um debate público melhor que o legislador (Mendes, 2011; Silva, 2016).

O processo carrega consigo um ritual próprio, dotado de um repertório de palavras e de termos técnicos, de gestos, de fórmulas, de tipos de discursos, de locais “sagrados” e de uma percepção de tempo peculiar, todos destinados a tratar o conflito. Assim, o processo é pautado por uma lógica ritualística única que não é acessível a todos e tampouco pode ser substituída (talvez apenas mitigada), dada a função decisória (substitutiva) que exerce a jurisdição (Spengler, 2008).

A outra crise, a subjetiva (técnico-material), resulta da dificuldade e/ou da incapacidade dos operadores jurídicos tradicionais para lidar com novas realidades fáticas que exigem não apenas reformulações legais, mas também uma mudança cultural e de mentalidade (Spengler, 2017), a qual se traduz, entre outros aspectos, pela multiplicidade de decisões diferentes para casos similares (verossimilhança conflitiva).

Isso demonstra a ausência de percepção das relações humanas modernas, que são complexas, voláteis, incertas, ambíguas, dinâmicas, contínuas, graduais, progressivas e plurilaterais. É preciso muito tempo para que essas características sejam assimiladas e processadas pela cultura dos agentes públicos afetados à jurisdição e pela estrutura do Poder Judiciário.

O Judiciário não possui uma posição única sobre a mesma questão, cada magistrado decide de acordo com sua própria convicção¹⁷. Nesse caso, os sujeitos até podem saber qual a regra (norma) jurídica aplicável ao caso, mas não sabem se será aplicada e/ou como será aplicada. Desse modo, essa insegurança, combinada com os baixos custos de litigar no Brasil, entre outros fatores, gera um agigantamento de ações sobre a mesma situação conflitiva (Gico Junior, 2014).

As crises acima narradas acarretam uma crise de paradigma ligada aos métodos e aos conteúdos utilizados pelo direito para buscar o tratamento pacífico dos conflitos com base na atuação prática do direito aplicável ao caso *sub judice* (Spengler, 2017). Ocorre que, por vezes, há um descompasso entre o direito aplicado e o conflito analisado.

Desse modo, de todo o exposto, extrai-se uma crise paradigmática da jurisdição e, por conseguinte, do Poder Judiciário. Entretanto, o Estado não ficou alheio e inerte a todas essas crises, ao contrário, buscou formas de tratá-las, por meio do incentivo a outros métodos de tratamento do conflito.

Quando o Estado chama para si outros métodos de tratamento de conflito, passa a ter um catálogo de formas de solução, de administração e de transformação de CPIS sem, no entanto, deixar de lado a substitutividade processual por meio do provimento jurisdicional – mais uma das formas de lidar com o conflito. Esse crescimento de métodos de que dispõe o Estado-Juiz é responsável pela última crise abordada no presente trabalho: a crise de identidade funcional.

17 Nesse sentido, ver Dantas (2021).

Em razão da crise de identidade, há um “embaçamento do papel judicial” (Spengler, 2017) porque o Poder Judiciário adotava, quase exclusivamente, um método heterocompositivo de solução e de administração jurisdicional do conflito, que comportava possibilidades de conciliação.

Entretanto, com a ampliação da possibilidade de aplicação de diferenciados métodos, como mediação, práticas restaurativas, constelações, programas de atendimento aos vulneráveis, ampliam-se consideravelmente as funções judiciais, uma vez que a mesma estrutura deve aplicar todas essas práticas. Portanto, há um aumento e, por conseguinte, um acúmulo de funções exercidas pelo mesmo ente.

A crise de identidade também aponta outros problemas: 1) a legislação mais recente é voltada igualmente para os conflitos coletivos, envolvendo questões de natureza distributiva ou social; (2) a magistratura, embora treinada para lidar com as diferentes formas de ação, não consegue ter um entendimento preciso das estruturas socioeconômicas nas quais elas se inserem; (3) há um formalismo exacerbado, que “decorre do apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocratizados e impessoais, justificados em nome da certeza jurídica e da segurança do processo” (Spengler, 2017).

Observa-se, assim, que o Poder Judiciário não ficou inerte, tentou reagir a tais crises, buscando meios de vencê-las, principalmente por meio dos “mecanismos alternativos” (multiportas), como a arbitragem, a conciliação, a mediação etc., utilizados para tratar os conflitos, mas não houve uma revisão do modelo conflitual de jurisdição (Spengler, 2017).

Dessa forma, o que o Estado concebeu como solução para todas as demais crises pelas quais tem passado ocasionou uma outra crise, a de identidade. Essa crise de identidade, no entanto, é comum em um momento de transição de paradigma, quando um ente revê sua atuação ante as mudanças e os CPIS complexos, incertos, voláteis, ambíguos, contínuos, dinâmicos, graduais, progressivos e plurilaterais que a sociedade de hoje experimenta. O Estado adotou diversas medidas legislativas e jurídicas visando solucionar as referidas crises, o que será mais bem explorado na seção a seguir.

5. SOLUÇÕES ESTATAIS PARA A CRISE

A primeira medida adotada pelo Estado foi a Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário (Brasil, 2010).

A Resolução n.º 125/2010 atende aos seguintes objetivos do Poder Judiciário: 1) potencializar sua eficiência operacional; 2) garantir o acesso ao sistema de Justiça; 3) assegurar a responsabilidade social jurisdicional; 4) tratar os problemas jurídicos e os conflitos de interesses, a partir de outros mecanismos de solução de conflitos, em especial, da mediação e da conciliação; 5) consolidar uma política pública permanente de incentivo e de aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios; 6) reduzir a judicialização dos conflitos (Gimenez; Spengler, 2016).

Tal resolução (administração ou gestão) trouxe duas novidades: a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec) e a instalação

de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) para auxiliar os Juízos, os Juizados e as Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária e família (Gimenez; Spengler, 2016).

Desse modo, é possível compreender que um dos objetos da Resolução reside na criação de uma disciplina e/ou de um conteúdo mínimo e uniforme para a prática dos meios de tratamento adequado de conflitos (ou melhor, de administração ou gestão de CPIS) pelo Poder Judiciário, servindo como um filtro da litigiosidade e, ao mesmo tempo, como um estímulo para a cultura de paz e a implantação em âmbito nacional da política pública (Gimenez; Spengler, 2016).

Em seguida, destaca-se a Resolução n.º 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, que se dedica à regulamentação das práticas autocompositivas no âmbito ministerial, sendo vanguardista, por exemplo, no emprego das práticas restaurativas (Brasil, 2015a).

Posteriormente o CPC de 2015 inovou em diversos aspectos, possibilitando várias flexibilizações de procedimentos e a adoção de muitos outros.

Importa ressaltar, por exemplo, a gestão judiciária, que passa a ser compreendida como um conjunto de tarefas que procuram garantir a afetação eficaz dos recursos disponibilizados pelo Judiciário com o escopo de se alcançar uma entrega da prestação jurisdicional célere, (justa), eficaz e efetiva, otimizando o funcionamento da unidade judiciária por meio da tomada de decisões racionais fundamentadas pelo gestor (Reis, 2013).

Com o objetivo de imprimir eficiência ao Judiciário, o juiz-gestor pode empregar o planejamento estratégico, uma ferramenta capaz de prescrever políticas que tragam soluções para os problemas do sistema judiciário, pela apresentação de métodos de realização de diagnósticos e de estratégias aptas a orientar as ações dos gestores judiciários¹⁸ (Reis, 2013).

A Gestão das Cortes (*Court Management*) possibilita que se chegue, por meio do adequado emprego das técnicas de administração de recursos materiais e humanos, a um melhor desempenho qualitativo e quantitativo do Judiciário. Por outro lado, por intermédio da macro e da microgestão de processos ou de conflitos (*Case Management*), busca-se o uso dos institutos processuais (flexibilização do procedimento, inserção das ADRs, calendarização etc.) (Gajardoni, 2018).

Dentre as possibilidades de *Case Management*, destaca-se o negócio jurídico processual. O negócio jurídico é a modalidade de ato jurídico com conteúdo e efeitos específicos, que são delimitados pela manifestação de vontade dos sujeitos que o celebram. Nesse sentido, a voluntariedade apresenta-se como um ato relevante para a definição, inclusive, das consequências do ato (Talamini, 2015).

Tais mecanismos podem ser vistos como grandes avanços que o Estado fez na tentativa de solucionar as crises referidas na seção anterior. Dentre outras inovações, destaca-se a Lei de Mediação, responsável pela regulamentação da mediação no âmbito nacional.

Na mediação, uma pessoa isenta e devidamente capacitada atua para facilitar a comunicação entre as pessoas e propiciar que elas encontrem, a partir da restauração do diálogo, formas proveitosas de lidar com as disputas (Tartuce, 2015).

18 Nesse sentido, destacam-se as fases do procedimento dialógico de concretização de direitos. Ver Silva (2016).

Desse modo, ao promover ou estimular o diálogo entre os sujeitos do conflito, o mediador contribui para que eles ampliem sua percepção sobre as suas responsabilidades pessoais ante aquele conflito de modo a encontrar respostas adequadas para os impasses. Portanto, o mediador busca aproximar as pessoas para que possam compreender melhor as diversas circunstâncias da controvérsia e, se for o caso, formalizar um acordo que levará em consideração os interesses e as expectativas de todos (Tartuce, 2015).

É importante salientar que a Lei de Mediação impõe os seguintes requisitos para que alguém possa ser mediador judicial: 1) ser pessoa capaz; 2) ter concluído uma graduação há pelo menos dois anos em uma instituição de ensino superior reconhecida pelo Ministério da Educação; 3) ter capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados ou pelos tribunais; 4) observar outros requisitos estabelecidos pelo CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça¹⁹ (Tartuce, 2015).

É importante observar que, apesar das crises, o Judiciário ainda é um agente importante no tratamento de litígios. A expansão de instrumentos de controle social de caráter não jurídico, como os de tecnologia, de controle informal e de meios de comunicação de massa, redonda na necessidade de reorganização da justiça que vai além do reaparelhamento estatal, passando pela participação popular na sua administração, pela abertura do Judiciário a formas legítimas e razoáveis de democratização, pela revisão do papel dos operadores do Direito. Portanto, o Poder Judiciário não é descartável; dito de outro modo, apesar da crise, não pode ser dispensado (Spengler, 2017).

Chama-se a atenção para o fato de que os métodos de tratamento do conflito (gestão ou administração de CPIS), tais como a mediação e a conciliação, não podem ser entendidos como meios diretos de desafogar o Judiciário, são, na realidade, formas de tratar o conflito (Gimenez; Spengler, 2016).

Vale ressaltar que as inovações trazidas pelo Estado representam avanços no tratamento dos CPIS. Todavia, elas ainda ocorreram dentro da estrutura do Poder Judiciário, isto é, foram estruturadas e desenvolvidas enquanto não foram adotados mecanismos de tratamento do conflito fora do Judiciário.

A nosso ver, concomitantemente aos meios já adotados, o Estado deveria recorrer ao incentivo à realização de métodos fora do Poder Judiciário – como, por exemplo, centros comunitários de mediação, núcleos de Justiça Restaurativa, programas de atendimentos aos vulneráveis, diálogo intersetorial –, que seriam aplicados por facilitadores comunitários e produziram um efeito direto na comunidade.

19 Artigo 11 da Lei n.º 13.140/2015: “Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça” (Brasil, 2015b).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os *nudges* são um mecanismo de controle comportamental que direciona as pessoas para certas escolhas ao mesmo tempo que permite que elas optem por um caminho diverso, o que caracteriza o poder de influência, em especial o poder de referência.

Os *nudges* possuem três elementos básicos de influência: 1) o bem-estar para evitar que se promova fins ilícitos ou escolhas ruins; 2) a autonomia para evitar a coação das pessoas ou 3) a dignidade humana para não haja humilhação das pessoas, em respeito à autonomia crítica e de agência dos sujeitos para que possam expressar livremente suas escolhas, planos de vida, fins lícitos e respeito às pessoas.

Quando se analisa a aplicação de *nudges* em políticas públicas, observa-se que todo governo cria uma arquitetura para escolhas particulares entre as várias possíveis. Nesse sentido, na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, constatou-se a universalização do acesso à justiça, principalmente por meio da gratuidade judicial. Embora tenha representado um grande avanço na tutela de grupos até então excluídos, a universalização do acesso à justiça foi empregado em uma política pública como um *nudge* que visava incentivar o tratamento do conflito por meio do método heterocompositivo específico adotado pelo Poder Judiciário.

Todavia, tal incentivo aumentou as demandas julgadas pelo Poder Judiciário, o que ocasionou as crises expostas: de estrutura, de eficiência, objetiva (objeto) e subjetiva (sujeitos).

Demonstra-se, assim, a ausência de percepção das relações humanas modernas, que são complexas, voláteis, incertas, ambíguas, dinâmicas, contínuas, graduais, progressivas e plurilaterais. Importa lembrar que é preciso muito tempo para que essas características sejam assimiladas e processadas pela cultura dos agentes públicos afetados à jurisdição e pela estrutura do Poder Judiciário.

A tentativa de solucionar as crises por meio de leis e de resoluções – destacando-se a Resolução n.º 125/2010 do CNJ, a Resolução n.º 118/2014 do CNMP, o CPC/2015 e a Lei de Mediação, que incentivam o emprego pelo Judiciário de outros meios de resolução de conflitos e/ou a flexibilização de procedimentos já existentes em nome de um processo mais participativo e mais dialogado –, paradoxalmente, criou outras crises, de identidade e de paradigma.

Tal paradoxo, longe de ser algo exclusivamente ruim, é o grande marco de uma nova mudança de paradigma. Graças a essa mudança, busca-se a aplicação dos métodos autocompositivos fora do Poder Judiciário, isto é, fora do âmbito estritamente estatal, tendo em vista a perseguição da cultura de paz.

Por meio do incentivo (*nudge*), são criados Centros Comunitários de Resolução de Conflitos, os quais podem aplicar diversos métodos para o tratamento da causa conflitiva, sem que isso signifique a perda de importância do Judiciário. Trata-se, antes, de valorizar os sujeitos enquanto autônomos e a comunidade enquanto instituição protetiva dos indivíduos e apta a auxiliar na resolução relacional de conflitos.

Portanto, concomitantemente aos meios já adotados, o Estado deveria optar pelo incentivo à realização de métodos fora do Poder Judiciário – como, por exemplo, centros comunitários de mediação, núcleos de Justiça Restaurativa, programas de atendimentos aos vulneráveis, diálogo intersetorial. Aplicados por facilitadores comunitários, esses métodos poderiam produzir um efeito direto na comunidade.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Mayara de Carvalho; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Ser convivente é conveniente: uma perspectiva das conciliações judiciais como forma de dissimular a crise do Judiciário e de perpetuar a subcidadania no Brasil. In: SILVA, Artur Stamford da; MELLO, Marcelo Pereira de; PIRES, Carolina Leal (org.). *Sociologia do Direito em prospeção: para uma cultura de pesquisa*. Recife: Editora Universitária UFPE, 2013. v. 1. p. 805-819.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. *DJE/CNJ*, Brasília, DF, n. 219/2010, p. 2-14, 1º dez. 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 25 fev. 2025.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 118, de 1.º de dezembro de 2014. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, edição 18, seção 1, p. 48, 27 jan. 2015a. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32131721/do1-2015-01-27-resolucao-n-118-de-1-de-dezembro-de-2014-32131578. Acesso em: 25 fev. 2025.
- BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2.º do art. 6.º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, seção 1, p. 22, 29 jun. 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 25 fev. 2025.
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2019.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Autocomposição judicial: o meio mais rápido e mais barato para a Macdonaldização das decisões? Análise segundo o CPC que ama muito tudo isso. In: FARIA, Juliana Cordeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; MARX NETO, Edgard Audomar (org.). *Novas tendências, diálogos entre direito material e processo: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: D'Páido, 2018. v. 1. p. 419-438.
- DANTAS, Rodrigo D'Orio. *A imparcialidade no divã: por que árbitros e juízes são naturalmente parciais?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- DOYAL, Len; GOUGH, Ian. *Teoría de las necesidades humanas*. Barcelona: Icaria, 1994.
- FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Coord. da Tradução Carlos de Salles. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017. p. 133-150.
- FREITAS FILHO, Roberto. *Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2003.
- FRENCH, John R. P. Jr.; RAVEN, Bertram H. The bases of social power. In: CARTWRIGHT, Dorwin (ed.). *Studies in Social Power*. Ann Arbor, Mich.: Institute for Social Research, 1959. p. 259-269.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Gestão de conflitos nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 12, v. 19, n. 3, p. 276-295, set./dez. 2018.
- GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014.
- GIMENEZ, Charlise Paula Colet; SPENGLER, Fabiana Marion. *O mediador na resolução 125/2010 do CNJ: um estudo a partir do Tribunal Múltiplas Portas*. Águas de São Pedro: Livronovo, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

REIS, Wanderlei José dos. Juiz-gestor: um novo paradigma. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, [S. l.], ano 2, n. 8, p. 8697-8707, 2013. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/08/2013_08_08697_08707.pdf. Acesso em: 25 fev. 2025.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, DF, v. 8, n. 2, p. 456-471, 2018.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford Press, 2002.

SILVA, Sandoval Alves da. O dever fundamental da persecução da verdade possível ou provável no CPC de 2015. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 106, n. 980, p. 297-327, jun. 2017a.

SILVA, Sandoval Alves da. O (in)acesso à justiça social com a demolidora reforma trabalhista. In: Miessa, Élisson; Correia, Henrique (org.). *A reforma trabalhista e seus impactos*. Salvador: JusPodivm, 2017b. v. 1. p. 1075-1103.

SILVA, Sandoval Alves da. *O Ministério Público e a concretização de direitos humanos*. Salvador: JusPodivm, 2016.

SILVA, Sandoval Alves da. Os direitos indígenas no Brasil e o pluriculturalismo: o caso concreto da educação indígena no Estado do Pará. In: BASTOS, Dafne Fernandez de; SALES, José Edvaldo Pereira (coord.). *Direitos humanos: abordagens transversais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 271-296.

SILVA, Sandoval Alves da; ALVES, Camille de Azevedo; SIQUEIRA, João Renato Rodrigues. Mitigação da voluntariedade: uma análise da vedação da intimação judicial para práticas restaurativas. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 15, v. 22, n. 2, p. 648-669, maio/ago. 2021a.

SILVA, Sandoval Alves da; ALVES, Camille de Azevedo; SIQUEIRA, João Renato Rodrigues. *O direito fundamental de acesso à justiça não estatal: por uma justiça não institucional e de aplicação comunitária*. [2021b]. No prelo.

SILVA, Sandoval Alves da; SIQUEIRA, João Renato Rodrigues. Acesso à justiça no Projeto “Escrevendo e Reescrevendo a Nossa História” (Pernoh). *Revista InterAção*, [S. l.], v. 10, n. 2, p. 41-51, jun./dez. 2019.

SPENGLER, Fabiana Marion. *(Des)caminhos do Estado e da jurisdição*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Fraternidade, mediação e jurisdição: (des)encontros*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Tempo, direito e Constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SUNSTEIN, Cass R. The ethics of nudging. *Yale Journal on Regulation*, [S. l.], n. 32, p. 413-450, 2015. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjreg/vol32/iss2/6>. Acesso em: 10 jul. 2021.

TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 104, out. 2015. Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em: 29 mar. 2021.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

TARUFFO, Michele. *Verso la decisione giusta*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2020.

Dados do processo editorial

- Recebido em: 04/07/2024
- Controle preliminar e verificação de plágio: 05/07/2024
- Avaliação 1: 03/09/2024
- Avaliação 2: 16/02/2025
- Decisão editorial preliminar: 16/02/2025
- Retorno rodada de correções: 01/03/2025
- Decisão editorial/aprovado: 23/07/2025

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2