



Guilherme de Castro Pereira

**A (im)pertinência do magistrado-mediador
nos procedimentos autocompositivos**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *strictu sensu* em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Profº João Ricardo Dornelles

Rio de Janeiro/RJ

Abril de 2022



Guilherme de Castro Pereira

**A (im)pertinência do magistrado-mediador
nos procedimentos autocompositivos**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-
graduação em Direito da PUC-Rio como requisito
parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Profº. João Ricardo Wanderley Dornelles

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Profª. Rosângela Lunardelli Cavallazzi

Departamento de Direito – Universidade Federal do Rio de Janeiro

Profª. Victoria Amália de Barros Carvalho Gozdawa de Sulocki

Departamento de Direito – PUC-Rio

Rio de Janeiro/RJ, abril de 2022

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Guilherme de Castro Pereira

Graduou-se em Direito na Faculdade Metodista Granbery (2014). É advogado associado ao escritório Homero Gonçalves sediado na cidade de Juiz de Fora/MG, especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela PUC/MG (2017); sócio e coordenador da Primeira Câmara Regional de Mediação e Conciliação, a Excelência Mediação, mediador judicial formado pela Escola de Administração Judiciária (ESAJ-RJ), pós-graduando em Psicanálise e Cultura pela UniAcademia.

Ficha Catalográfica

Pereira, Guilherme de Castro

A (im)pertinência do magistrado-mediador nos procedimentos autocompositivos / Guilherme de Castro Pereira ; orientador: João Ricardo Dornelles. – 2022.

107 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado)—Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2022.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Autocomposição. 3. Magistrado-mediador. 4. (Im)pertinência. 5. Autonomia das partes. 6. Agir Comunicativo. I. Dornelles, João Ricardo. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Agradecimentos

Aos meus familiares, minha mãe, minha vó, minha tia avó, meu pai e meus irmãos.
Aos estimados amigos e amigas de longa data, familiares que escolhemos pela vida.
Ao meu orientador, pela confiança e pelo carinho nos momentos chave do estudo.
Aos professores que compartilharam tela-a-tela a atípica conexão online de saberes.
Aos colegas virtuais de mestrado, que em suas telas expostas pelo Zoom, compartilharam mais que seus rostos, mas nos convidaram a conhecer suas casas.

Resumo

Pereira, Guilherme de Castro; Dornelles. João Ricardo A **(im)pertinência do magistrado-mediador nos procedimentos autocompositivos**. Rio de Janeiro, 2022, 107 p. Dissertação de Mestrado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A partir da metáfora que sugere a figura híbrida do “magistrado-mediador” para dar nome ao recente – e crescente – movimento em que magistrados atuam diretamente em procedimentos autocompositivos enquanto mediadores e conciliadores, busca-se estudar a pertinência ou a impertinência dessa realidade e, para tanto, submete-se essa figura híbrida a três esferas de influência, com o objetivo de analisar as reações de compatibilidade: a esfera do próprio microsistema da autocomposição, a esfera da autonomia das partes que medeiam e a esfera do próprio magistrado que, após a sua atuação em autocomposição, terá que atuar em heterecomposição. Como percurso de investigação da (im)pertinência, o trabalho propõe três estágios de análise e o faz por meio do esquema realidade>>espelho<<simbólico, no qual a realidade representaria esse nosso lado do espelho, o mundo real do trabalho, da técnica, das leis, estruturas e sistemas, já o simbólico representaria o reflexo daquele lado do espelho, ou seja, as fontes mitológicas, simbólicas e literárias que formam o senso comum da figura do magistrado e, por fim, apresenta-se o próprio espelho como função de interpretação metodológica, na qual os referenciais teóricos de Habermas – juridificação e pressupostos da ação comunicativa - e Warat – noção de senso comum, influência e o peso do simbolismo jurídico e o estudo transdisciplinar da mediação como ferramenta emancipadora – desenvolvem o raciocínio que irá ajudar a construir as respostas sobre a (im)pertinência do magistrado-mediador nas ditas três esferas de influência.

Palavras-chave

Autocomposição; magistrado-mediador; (im)pertinência; autonomia das partes; mito do juiz; Direito e literatura; juridificação; agir comunicativo; mediação emancipadora.

Abstract

Pereira, Guilherme de Castro; João Ricardo Dornelles(Advisor). **The (im)pertinence of the judge-mediators in self-composition procedures.** Rio de Janeiro, 2022, 107 p. Dissertação de Mestrado. Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

From the metaphor that suggests the hybrid figure of the “judge-mediator” to name the recent – and growing – movement in which judges act directly in self-compositional procedures as mediators and conciliators, we begin to study the pertinence or impertinence of this reality and, for that, the hybrid figure is submitted to three spheres of influence, with the objective of analyzing the compatibility reactions: the sphere of the microsystem of self-composition, the sphere of autonomy of the parties that mediate and the sphere of the judge himself. that, after acting in self-composition, will have to act in heterocomposition. As a way of investigating (im)pertinence, the work proposes three stages of analysis and does so through the following scheme: reality>>mirror<<symbolic, through which reality represents our side of the mirror, the real world of work, technique, laws, structures and systems; the symbolic represents the reflection on that side of the mirror, that is, the mythological, symbolic and literary sources that form the common sense of the figure of the judge and, finally, the mirror is presented as a methodological interpretation function, through which the theoretical references of Habermas – juridification and presuppositions of communicative action - and Warat – concept of common sense, influence and the relevance of legal symbolism and the transdisciplinary study of mediation as an emancipating tool – develop the reasoning that will help to build the answers about the (im) pertinence of the judge-mediator in the said three spheres of influence

Keywords

Self-composition; judge-mediators; (im)pertinence; parties autonomy; judge myth; Law and literature; juridification; act communicative; emancipatory mediation

SUMÁRIO

1. Introdução	8
2. Deste lado do espelho: o estado da arte do microssistema da autocomposição e sua aptidão de perfilhar o magistrado-mediador	12
2.1. Breve diferenciação entre mediação e conciliação para depois avançar	12
2.2. Do recente fenômeno de juridificação da autocomposição	14
2.3 Para não dizer que não falei das flores: afinal, o microssistema da autocomposição já não veda a atuação do magistrado-mediador?	22
3. Daquele lado do espelho: das metáforas, dos mitos e do senso comum que habitam as três faces do magistrado-mediador	31
3.1. O que arquétipos da mitologia grega podem ensinar sobre a juridificação e outras formas de colonização do mundo da vida?	33
3.1.1. O javali de Erimanto: colonizar e juridificar a autocomposição	33
3.1.2 A corça de Cerinéia: o dilema de interagir sem interferir ou ferir	34
3.1.3 O Nó Górdio: Na falta de orientação, o que está errado?	37
3.2 Olha quem vem para mediar: o imaginário jurídico, a literatura e o senso comum	39
3.2.1 François Ost e os três modelos/arquétipos de juiz do imaginário	40
3.2.2 Os juízes na literatura: seus símbolos, mitos e ritos	46
4. O espelho: Habermas, Warat e a análise da (im)pertinência do magistrado-mediador nas três esferas de influências	58
4.1 Habermas: a teoria da ação comunicativa e a juridificação	59
4.1.1 A influência da colonização sob a espécie de juridificação	59
4.1.2 O agir instrumental, o estratégico e o comunicativo: elementos pré-linguísticos, pré-textuais e diálogo mediado pelo simbólico	65
4.2 Warat: transdisciplinariedade, senso comum, rebeldia ao normativismo e mediação como instrumento de emancipação social	75
4.2.1 Mediação como ferramenta de transformação e emancipação social e a rebeldia ao normativismo tradicional	76
4.2.2 Os diferentes sentidos comuns e o banquete das metáforas	82
5. Conclusão	88
Índice Bibliográfico	100



Jamais deve buscar a coisa em si, a qual depende somente dos espelhos.

A coisa em si, nunca: a coisa em ti.

Um pintor, por exemplo, não pinta uma árvore: ele pinta-se uma árvore.

E um grande poeta - espécie de rei Midas à sua maneira -

um grande poeta, bem que ele poderia dizer:

Tudo que eu toco se transforma em mim.

Mario Quintana

1.

Introdução

Na última década, o microsistema dos meios consensuais de solução de conflitos/controvérsias¹ - com maior enfoque na mediação e na conciliação - recebeu um número significativo de normas positivadas (leis ordinárias, resoluções, portarias e atos normativos administrativos) e, não obstante, de institucionalizações de órgãos, centros e comissões que dedicam-se sobretudo a fiscalizar, auxiliar, orientar e estimular o que foi compreendido pela Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) como a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses”, uma cultura da paz. (BRASIL, 2010)

Para conduzir os procedimentos autocompositivos mais tradicionais no país, notadamente a conciliação e a mediação, são previstos respectivamente as figuras dos(as) conciliadores(as) e dos(as) mediadores(as). Em 2015, a legislação processual civil, no âmbito da Lei 13.105 (o CPC), optou por qualificá-los(las) no Capítulo III do Título IV, aquele destinado aos “auxiliares da justiça”², sendo que na seção que lhe é exclusiva, a Seção V, são fixados os limites e princípios que regerão a sua atuação, indicando ainda sob quais condições esses auxiliares poderão ser reconhecidos como profissionais aptos a exercerem as suas funções perante o Judiciário ou mesmo, com algumas modulações, no meio extrajudicial.

Dadas as características de inter e multidisciplinariedade dos procedimentos autocompositivos, optou-se por não fixar campo gravitacional da atuação desses auxiliares da justiça a uma área formal de profissão e ofício - Direito, Psicologia, Serviço Social, Pedagogia etc -, tampouco é pertinente deduzir, peremptoriamente, que uma ou outra área do saber acadêmico seja a mais apta a atuar como o terceiro imparcial a conduzir um procedimento dos meios consensuais. Entretanto, é

¹ Que também pode ser encontrado na literatura jurídica com os nomes de meios adequados de solução de conflitos/controvérsias ou meios alternativos de solução de conflitos/controvérsias, porém, o uso do termo “consensual” se justifica para excepcionar do microsistema o procedimento de heterocomposição da arbitragem que, muito embora seja alternativo ao Judiciário, não obedece a lógica da autocomposição tratada no trabalho, sendo assim considerado como pertencentes ao microsistema a Resolução nº 125/2010 do CNJ, o CPC/2015 e Lei de Mediação de 2015.

² Art. 149 da CPC/2015. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.

possível constatar empiricamente a atual prevalência da atuação dos profissionais do direito (ou juristas pela visão Mangabeira Unger) tanto na atuação como na teorização afeitas aos procedimentos autocompositivos. (UNGER, 2017, p.29).

Para além da característica multidisciplinar de seus operadores, há ainda pressupostos/princípios definidos na Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação) e na Resolução 125 do CNJ (incluindo o Código de Ética, parte integrante da norma federal) para a própria atuação do mediador, que pressupõem, especialmente, uma atuação sustentada na ausência de poder decisório, pautada na imparcialidade, neutralidade e na prevalência e promoção da autonomia das partes que medeiam, ou seja, imperativos que se distanciam dos tradicionais poderes heterocompositivos ou dissuasórios que os cargos judiciais da magistratura carregam consigo.

Assim, o microssistema busca operacionalizar a máxima garantia de isonomia de tratamento e autonomia entre e para as partes que se propõem à autocomposição, assumindo um compromisso que aquele que serve como auxiliar da justiça, o já mencionado mediador/conciliador, não sirva como instrumento influenciador de eventual decisão judicial ou arbitral, tampouco seja fonte de prova em possível fase instrutória, tampouco possa funcionar como advogado de quaisquer das partes que estiveram na sessão de mediação. Assim, o microssistema, com suas ainda enxutas normas positivadas, buscam resguardar o corolário máximo da sistemática da consensualidade, da autonomia e da imparcialidade/neutralidade.

A partir da factibilidade dessa lógica do consenso democrático e humanizado, identifica-se um movimento contraparádigmático, já que desloca o poder jurisdicional típico de um terceiro imparcial que decide pelas partes para a neutralidade de um terceiro que não pode decidir pelas partes, também imparcial, é certo, mas que deve pautar-se pela não interferência à autonomia dos mediandos, migrando de uma lógica/paradigma heterocompositiva, tecno-formalismo, vertical e colonizadora-paternalista, efetivando, em maior escala, uma maior participação democrática. (WARAT, 1998)

Ou, numa visão mais deontológica, se preocupa em desenvolver um formato moderno de jurisdição, mais próxima do conceito de Tribunal Multiportas, bem como assegurar um ganho da soberania popular na democratização da participação direta dos particulares na construção da solução de suas controvérsias e a humanização do tratamento desses conflitos. (HABERMAS, 1994 apud DURAQ, 2009)

Para além da investigação do microssistema autocompositivo brasileiro a partir das normas e das suas aplicações hodiernas, o presente trabalho pretende avançar na investigação de um dos elementos que detém o maior poder de influência na concretização desse ambiente ideal da autocomposição, que é a atuação do apontado “auxiliar da justiça” na eventual construção e aperfeiçoamento de um consenso livre e esclarecido, comprometendo-se por si e para com o próprio sistema a vedar constrangimentos, intimidações e influências todas que lhe forem possíveis diante da soberana autonomia das partes.

Dadas as características elementares desse espaço ideal proposto por esse microssistema, buscar-se-á compreender a pertinência ou a impertinência da sua condução – ou mesmo a participação - ser feita por um magistrado, considerando, para a feitura desta análise, as repercussões que a presença e/ou o contato do magistrado com os mediandos pode gerar ao próprio procedimento, às partes que medeiam e, finalmente ao próprio magistrado, mais sensivelmente nas hipóteses de influência em sua ulterior e eventual tomada de decisão heterocompositiva.

Aqui, surge a expressão proposta no título do trabalho, que numa espécie de neologismo propõe a figura híbrida do magistrado-mediador, surgindo também o complemento de título que se assume não conclusivo, pois trabalha com a ambiguidade crítica da pertinência ou impertinência do magistrado-mediador no ambiente autocompositivo, o que será também operacionalizado pelo estudo da interferência da linguagem em seu sentido mais amplo, ou seja, pelo peso simbólico, histórico e mítico que a figura do juiz ainda emana sobre a sociedade e, consequentemente sobre os jurisdicionados.

Como percurso de investigação da (im)pertinência, o trabalho propõe três estágios de análise e o faz por meio do esquema realidade>>espelho<<simbólico, no qual a realidade representaria esse nosso lado do espelho, o mundo real do trabalho, da técnica, das leis, estruturas e sistemas, já o simbólico representaria o reflexo daquele lado do espelho, ou seja, as fontes mitológicas, simbólicas e literárias que formam o senso comum da figura do magistrado e, por fim, apresentase o próprio espelho como função de interpretação metodológica, na qual os referenciais teóricos de Habermas – juridificação e pressupostos da ação comunicativa - e Warat – noção de senso comum, influência e o peso do simbolismo jurídico e o estudo transdisciplinar da mediação como ferramenta emancipadora –

desenvolvem o raciocínio que irá ajudar a construir as respostas sobre a (im)pertinência do magistrado-mediador nas ditas três esferas de influência.

Para acompanhar-nos todos nessa lírica caminhada, como dito, convoca-se dois personagens que não cabem na catedrática do Direito, Jüng Habermas e Luis Alberto Warat, pois reuniram em suas obras saberes muti e transdisciplinares, contudo, têm em comum uma espécie de guinada do estudo amplo dos diálogos e conflitos no espaço público em geral, para um olhar mais atento o focado nos formatos democráticos e autocompositivos entre partes e pequenos grupos, ou seja, um olhar para a consensualidade e para a garantia da autonomia das partes na tomada de suas próprias decisões diante de um conflito, sendo que ambos também reconhecem o papel imperioso dos elementos pré-linguísticos para esses cenários.

Do outro lado desse espelho que separa – e reflete ao seu modo – o imaginário do que seria a realidade, tal como um jogo de sombras na caverna, há neste trabalho uma legítima preocupação em evidenciar que o “problema” do magistrado-mediador não se restringe a uma hipótese de laboratório, ou de conjuntos esquizofrênicos de possibilidades irreais. Para tanto, inicia-se essa jornada não pela Matrix, pela Terra do Nunca de Peter Pan, pela Cidade das Esmeraldas do Mágico de Oz, ou pela toca do coelho de Alice no País das Maravilhas – como referências ao mítico e à fantasia em contraposição à realidade – mas pelas referências da realidade que residem deste lado do espelho que, para o objeto deste estudo, é o microssistema das autocomposições e suas atualidades concretas.

Mas, como comprometido, o primeiro périplo será pelo lado do concreto, do visível e mensurável do texto. Portanto, para esse compromisso se apresentam uma série de episódios recentes que se multiplicam nos Tribunais, estaduais, federais e superiores brasileiros, que é a assunção do protagonismo de magistrados na condução de destacados casos submetidos à autocomposição – mais à frente, quando se citará Habermas em sua teoria do Agir Comunicativo, este movimento por vezes é denominado de colonização do mundo da vida pelo sistema, pela técnica, ou, mais especificamente, de juridificação.³

³ Juridificação (Verrechtlichung), por conceito habermasiano, entende-se, em resumo, a tendência das sociedades modernas a um aumento da colonização do Direito em seu caráter tecnoformalista do mundo da vida e suas expressões tradicionais informais. Trata-se de um movimento/tendência de regulação técnico-jurídica de assuntos sociais não regulados formalmente.

2.

Deste lado do espelho: o estado da arte do microssistema da autocomposição e sua aptidão de perfilhar o magistrado-mediador

2.1 Breve diferenciação entre mediação e conciliação para depois avançar

Antes de seguir, é bem verdade que se deve fazer uma breve e sintética diferenciação entre conciliação e mediação, eis que as normas e pressupostos que regem cada uma cuidam de direcionar e orientar os mecanismos disponíveis ao terceiro imparcial, concedendo-lhes diferentes ferramentas de atuação, porém, não representam hipótese de distanciamento dos corolários da autonomia das partes e da imparcialidade na condução do procedimento.

A principal distinção entre os dois mecanismos não reside em seus dirigentes, mas sim no método adotado: enquanto o conciliador manifesta sua opinião sobre a solução justa para o conflito e propõe os termos do acordo, o mediador atua com um método estruturado em etapas sequenciais, conduzindo a negociação entre as partes, dirigindo o ‘procedimento’, mas abstendo-se de assessorar, aconselhar, emitir opinião e de propor fórmulas de acordo (CALMON, 2007, p.144)

Assim, desde logo não se nega a interferência que o terceiro imparcial pode promover no procedimento, seja na aplicação das técnicas de mediação e negociação que Tânia Almeida, em sua obra “Caixa de Ferramentas em Mediação: aportes práticos e teóricos”, subdivide em ferramentas procedimentais, de comunicação e de negociação (ALMEIDA, 2014). Ou mesmo, em maior amplitude, na conciliação, no qual seria admissível ao conciliador propor ele próprio parâmetros de acordo. Contudo, em nenhuma das duas metodologias se derroga a autonomia das partes, não se abandona o lugar da imparcialidade e da neutralidade e, o mais importante, o mediador e o conciliador continuam proibidos de interferir ou de participar do litígio como julgadores, advogados ou testemunhas.

Dada essa exposição, a ocupação do magistrado na conciliação é seguramente mais antiga e mais absorvida como “comum” para a comunidade jurídica que, por sua vez, acaba por transmitir e equacionar essa ordinariedade aos

jurisdicionados e aos conciliandos que participam do procedimento conciliatório, sobretudo no âmbito judicial. É o exemplo da lei federal 9.099 de 1995, a lei dos Juizados Especiais.

Para além da conciliação e da mediação como procedimentos próprios e autônomos, a legislação brasileira – o que será mais desenvolvimento no próximo capítulo – orienta expressamente que antes de iniciar a fase de instrução e produção de provas em audiência, os magistrados deverão tentar conciliar as partes. Trata-se da famigerada checagem da “possibilidade de acordo”, porém, não há que se confundir esta etapa preliminar incidental com o procedimento autônomo da autocomposição, seja uma sessão de mediação ou uma “audiência”⁴ de conciliação.

Aliás, essa previsão de tentativa de conciliação guarda rica história ao longo das legislações nacionais, primeiro com nos longínquos Decretos n.º 12.353 e 21.287, de 1926, no qual previa-se expressamente uma tentativa de conciliação, por iniciativa do juiz, não especificando o momento em que deveriam ocorrer. Já no Código de Processo Civil de 1939, positivou-se a “solução de equidade”, justamente para diferenciar o que seria a conciliação judicial incidental da autocomposição como procedimento próprio.

Interessante é que dessa diferenciação surgem várias celeumas e discussões teóricas pontuais. Embora tenham se perdido pelo caminho, discutia-se sobre os limites da atuação do magistrado enquanto agente que homologa ou não os acordos que a ele são submetidos pela via da solução de equidade ou pela via das autocomposições autônomas. Se seria necessário o magistrado atuar com uma análise meramente formal do acordo ou poderia exercer um controle substancial sob seu teor, ou seja, deveria admitir o predomínio absoluto da vontade negocial das partes ou deveria exercer as ferramentas da solução de equidade, que seria a tentativa de conformar um acordo numa determinada previsão legal.

Ao dedicar parte de seus estudos a esta celeuma advinda do Código de 1939, o teórico Alberto dos Reis, antevendo outra possível fragilidade dessa participação dupla e simultânea do magistrado diante de autocomposições incidentais ou autônomas, relata: “O juiz pode sentir a tentação de se servir da tentativa de

⁴ Aqui as aspas acusam a incompatibilidade do termo “audiência” para designar um procedimento de autocomposição, ainda que seja um procedimento de conciliação. Certo é que sistemas positivados como os Juizados Especiais Cíveis e Código de Processo Civil utilizam esse termo para designar esse procedimento, porém, o fazem no contexto jurisdicional, ou seja, é um exemplo da juridificação da autocomposição.

conciliação para se eximir ao estudo e julgamento da causa, sobretudo quando esta seja difícil, delicada e complexa; mas é necessário que saiba defender-se contra esta tentação, de modo a não ultrapassar, nos esforços e diligências empregados, a linha de compostura e correção, que deve ser timbre impecável do magistrado judicial.” (SOUZA, 2014 apud REIS, 1955, p. 178).

2.2 Do recente fenômeno de juridificação da autocomposição

Assim posto, de onde surge o problema provocado nesse estudo? Por que a preocupação em se estudar a pertinência ou a impertinência da atuação do magistrado em procedimento de autocomposição? Afinal, é uma hipótese de laboratório ou pode-se encontrá-la na prática? Boa parte dessas perguntas serão desenvolvidas nas três esferas de repercussão já indicadas, a do procedimento, a das partes e a do juiz que decide, porém, parte da centelha provocativa vem do crescente investimento em publicidade dado às participações de magistrados em aclamados casos findados por meio da consensualidade, alçados a *cases* de sucesso.

Os exemplos nos sites oficiais dos Tribunais de Justiça pelo Brasil são numerosos e, não obstante, a maior parte deles destacaram a primeira página dos respectivos sites por um bom período, ganhando cada um deles evidente destaque à atuação imprescindível do magistrado ou do desembargador enquanto mediador. Vejamos alguns desses exemplos de juridificação da autocomposição.

Em 23 de setembro de 2021 o TJMG publicou e deu destaque à matéria intitulada “Mediação do TJMG resulta em acordo entre PBH e Santa Casa”. Parte de seu texto diz que “A atuação decisiva do presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), desembargador Gilson Soares Lemes, resultou nesta quinta-feira (23/9) em um acordo entre a Prefeitura de Belo Horizonte e a Santa Casa BH”. Mais adiante, o desembargador-mediador afirma que “a concretização do acordo engrandece o papel do TJMG, de buscar, por meio da conciliação e da mediação, o melhor resultado para a população do Estado”.⁵

⁵ Tribunal de Justiça de Minas Gerais: Mediação do TJMG resulta em acordo entre PBH e Santa Casa. Belo Horizonte, 23 de set. 2021. Disponível em <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/mediacao-do-tjmg-resulta-em-acordo-entre-pbh-e-santa-casa.htm#.YbTrtL3MK9K>> Acessado em 25/09/2021.

Em 15 de setembro de 2017, o mesmo TJMG publicou e deu destaque a uma matéria em que um juiz de 1º grau atuou na autocomposição que pôs fim a ações envolvendo posse de terras. Parte de seu texto diz que “em uma ponta, os grupos em disputa, com seus respectivos advogados; no outro, o juiz Rodrigo Martins Faria, que se dispôs a desvelar a história por trás dos processos para produzir a efetiva pacificação entre as partes”. Pouco mais adiante, demonstrando a confusão que os Tribunais não raras vezes fazem entre mediação e conciliação, o próprio magistrado-mediador declarou que “(...) empenhei-me ao máximo para a tentativa de conciliação quanto aos processos pautados e também aos mais antigos” e, seguindo o pêndulo entre mediação e conciliação “(...) um dos pilares da mediação é a escuta ativa, técnica em que o juiz deve ouvir atentamente as partes para a exata compreensão da controvérsia, a fim de que o auxílio na mediação seja efetivo.”⁶

Já no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em um dos casos recentes de maior notoriedade nacional, aquele ligado à tragédia do incêndio no Centro de Treinamento do Flamengo, ocorrida em 08 de fevereiro de 2019, que causou a morte de 10 meninos, foi também destaque não só no site oficial do TJRJ, mas também na página principal do jornal O Globo, em matéria divulgada em 20 de fevereiro de 2019 com o seguinte título: “Desembargador que vai mediar encontro do Flamengo com famílias pede 'tratamento cuidadoso e individualizado’ ”⁷.

Apesar de não fazer parte diretamente do escopo da mediação e da conciliação, outra técnica chamada direito sistêmico, ou constelação familiar, também vem atraindo centenas de magistrados à atuação atípica de psicoterapia. Na constelação, diferentemente da mediação, as normas reguladoras mais pertinentes são encontradas na Resolução 225/2016, também do CNJ que, por sua vez trata da Justiça Restaurativa, notadamente mais voltada ao âmbito criminal.

Atualmente, o nome que reúne maior evidência na área é o juiz de Direito atuante no estado da Bahia, o magistrado-constelador Sami Storch. Além, de centenas de *workshops*, livros e palestras sobre direito sistêmico, que ele próprio

⁶ Tribunal de Justiça de Minas Gerais: Mediação põe fim a ações envolvendo posse de terras. Belo Horizonte. 15 de set. 2017. Disponível em <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/mediacao-poe-fim-a-processos-envolvendo-posse-de-terras.htm#.YbTsBr3MK9J>>. Acessado em 15/08/2021

⁷ O Globo: Desembargador que vai mediar encontro do Flamengo com famílias pede 'tratamento cuidadoso e individualizado'. Rio de Janeiro. 20 fev. 2019. Disponível em < <https://oglobo.globo.com/esportes/desembargador-que-vai-mediar-encontro-do-flamengo-com-familias-pede-tratamento-cuidadoso-individualizado-23468598> >. Acessado em 05/09/2021

defende o pioneirismo em 2012, ao menos para o formato usado no Judiciário a partir da técnica psicoterapêutica sistêmica do alemão Bert Hellinger, e depois de formação em coaching sistêmico, o magistrado atua ele próprio como facilitador / constelador. Seguindo nesse caminho, em matéria publicada na Revista eletrônica Época em 08/12/2014, encontra-se o seguinte título: “Consegui 100% de conciliações usando uma técnica terapêutica alemã”, afirma juiz na matéria. E a matéria segue: “Como o juiz Sami Storch conseguiu transformar seu interesse pessoal no método da constelação familiar para conseguir mais acordos na Vara da Família em Castro Alves, na Bahia”. Em parte da entrevista, ao contar sua trajetória de magistrado-constelador, lembra de um caso em que atuou diretamente: “No dia da audiência, levei comigo um kit de bonecos, que utilizo para a prática da terapia de constelações familiares no atendimento individual [...] quando eu chamei a menina para ser ouvida, coloquei os bonecos em cima da mesa e pedi para que ela posicionasse os brinquedos e montasse a história da família, mostrando que bonecos eram cada membro da família. [...] E ela pôde expressar que ela se sentia melhor com a mãe, ainda que apresentasse um carinho grande pela avó e que ficasse bem com as duas.”⁸

Mais adiante, na mesma entrevista, narra como evoluiu das constelações individuais para as que ocorrem em grupo: “Fiz, então, a primeira sessão de constelação coletiva em outubro de 2012, convocando as partes relacionadas de 42 processos. Comecei com uma palestra que explicava a teoria da ciência desenvolvida por Bert Hellinger. Depois, houve um momento de meditação em que cada participante se visualizou dizendo e ouvindo do parceiro frases como ‘você me fez ser mãe/pai, e por isso é importante pra mim’; ‘que pena que não deu certo’. Então, convidei quem gostaria de expor o caso e fazer uma constelação propriamente dita. [...] Após a realização desse processo, obtivemos um resultado muito positivo. Dos processos, 27 chegaram a um acordo e um foi extinto. Repetimos em mais quatro ocasiões na região e alcançamos o índice de 100% de

⁸ Revista Época: SAMI STORCH, EM DEPOIMENTO A MARINA RIBEIRO: “Consegui 100% de conciliações usando uma técnica terapêutica alemã”, afirma juiz baiano: Como o juiz Sami Storch conseguiu transformar seu interesse pessoal no método da constelação familiar para conseguir mais acordos na Vara da Família em Castro Alves, na Bahia. Rio de Janeiro. 08 dez 2014. Disponível em <<https://epoca.oglobo.globo.com/vida/noticia/2014/12/consegui-b100-de-conciliacoesb-usando-uma-tecnica-terapeutica-alema-afirma-juiz-baiano.html>> Acessado em 06/09/2021.

acordos em processos em que as duas partes participaram da manhã de constelação. Não houve críticas.”⁹

Para além da colonização através da prática direta pelos magistrados e desembargadores, as estruturas e escolas da magistratura também se lançam como protagonistas na formação em mediação. Aliás, segundo a Resolução nº 125 do CNJ que, por sua vez, regula administrativamente a formação dos mediadores aptos a atuarem no âmbito judicial, assim como também decide sobre o currículo-base na formação desses mediadores, há previsão de que só serão aceitos como mediadores aptos a pleitearem a sua habilitação no cadastro nacional dos mediadores aqueles que tiverem feito a sua formação em cursos e escolas habilitadas pelo Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, o ENFAM.

O ENFAM, por sua vez, utilizando-se da determinação do CNJ, amplia o poder administrativo de credenciamento de escolas aptas a oferecerem cursos de capacitação e formação em mediação judicial para os Tribunais. Atualmente, no próprio site oficial do ENFAM (<https://www.enfam.jus.br/mediacao/instituicoes-formadoras/>) é oferecida ferramenta de pesquisa para se descobrir quais são as escolas e instituições aptas a oferecerem essa formação.

No Rio de Janeiro, além do próprio TJRJ, através do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), há a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Em Minas Gerais, além do próprio TJMG, também através de seu NUPEMEC, há a Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes (EJEF), uma instituição voltada para a formação e especialização de magistrados, além de uma Fundação e quatro Instituições privadas. Em São Paulo, novamente o TJSP através de seu NUMEPEC, a Escola Paulista da Magistratura (EPM), o Instituto Paulista de Magistrados (IPAM), a Escola Superior do Ministério Público (ESMP), a Escola Superior da Advocacia (ESA) e, mostrando a maior rede privada conveniada, São Paulo apresenta 38 instituições, câmaras e escolas privadas credenciadas. Na esfera da Justiça Federal, tem-se, a título de amostra, os Tribunais Regionais da 2ª, 3ª e 4ª região com credenciamento de seus respectivos NUPEMEC's somente.

Dessa forma, percebe-se uma tendência que se inicia desde as ordinárias “audiências” de conciliação da Lei dos Juizados Especiais, passando pela efetivação

⁹ *Ibidem*

mais ampla e sistematizada do microssistema da autocomposição - o espaço até então não formalizado nem estruturado sob as bases tecno-formalistas do Direito -, sobretudo no âmbito interno de sua estrutura administrativa e jurisdicional, de um processo de colonização pelos magistratura, seja na atuação direta como magistrado-mediador, seja como instituição ou escola protagonista e hegemônica na formação dos novos mediadores brasileiros aptos a oferecerem seus préstimos como auxiliares da justiça, o que representa, em termos concretos, uma juridificação do ecossistema da autocomposição.

2.3 Da breve riqueza histórica e cultural contida na figura do terceiro imparcial que se presta a mediar um conflito – O juiz de paz no Brasil

Antes mesmo do conceito restrito da mediação ou da conciliação, a consensualidade confunde-se historicamente com o próprio desenvolvimento da sociedade. Especialmente, a figura de um terceiro que foi ao longo da história suscitado para atuar na facilitação de diálogos e construção de soluções pacificadoras se confunde com a própria história dos países, culturas e naturezas dos conflitos de cada época.

Pensemos que a solução pacífica mediante a atuação de um terceiro facilitador é registro desde da longínqua época da China de Confúcio, sendo também relatada em registros de ordem religiosa, desde a muçulmana até a cristã. Mormente, essa procura de um terceiro para facilitar o consenso a partir de um conflito é motivada ao longo da história não só pela dita “demanda” – como critério economicista – mas também pelas características de “previsão de saber” que esse terceiro reunia para com a sua comunidade, tribo, paróquia, ministério, condado etc.

Desse terceiro espera-se uma presumida superioridade e idoneidade perante o assunto, presumida sabedoria para tratar do tema e facilitar o diálogo e sobretudo um certo grau de imparcialidade sobre as partes e sobre as hipóteses de solução. Pois bem, por essa razão é que as controvérsias eram, não raras vezes, destinadas àquele que não pudesse ser corrompido pela promessa de vantagem ou pela predileção a uma das partes, sendo escolhido em sociedades mais tribais na figura do mais sábio e antigo, nas mais religiosas daquele mais desinteressado com os interesses materiais ou que pudesse de alguma forma obter uma inspiração com o divino ou o mítico, ou aqueles que eram tidos como baluartes da moralidade.

É também verdade que a figura do mediador se confunde com a história dos tratados e armistícios entre guerras, por vezes intrincados com o conceito da diplomacia entre nações e povos. Se confunde ainda com a história das ordenações religiosas e das funções de aconselhamento e interlocução do fiel com o divino. Mais ainda, se mistura com a ideia das ordenações da sociedade civil, que culturalmente estruturam formas pacíficas de solução dos conflitos a partir de figuras que se destacam pela liderança e exemplo. Independente das origens culturais ou históricas, todas partiam de uma presunção de idoneidade, imparcialidade e sabedoria daquele que recebe os conflitos para desenvolver suas próprias formas de diálogo, de facilitação de construção de consensos.

Uma característica muito própria na organização da magistratura brasileira, ao reproduzir parte da estrutura de Portugal, eram os juízes de paz, presentes, de certa forma, até hoje, porém, vinculados aos cartórios notariais extrajudiciais do país, cujas funções resumem-se a celebrações de casamento. Irônico é que a figura híbrida ora proposta como hipótese neste trabalho, o magistrado-mediador, era perfeitamente conformado na figura do juiz de paz português e no juiz de paz brasileiro em sua antiga normativa da Constituição de 1824.

Numa brevíssima contextualização, ainda no Brasil Império, ao estabelecer-se no poder, Dom Pedro I adotava atos centralizadores para afastar os brasileiros liberais dissidentes da centralização portuguesa, desde o fechamento da Assembleia Legislativa até mesmo a promulgação de uma nova Constituição, a de 1824, aquela que ficou amplamente conhecida pela inclusão do atípico Poder Moderador, que garantia ao Imperador poderes últimos e superiores aos três típicos poderes Judiciário, Legislativo e Executivo.

Uma das frentes de disputa entre Dom Pedro I e liberais dissidentes, um verdadeiro cabo de guerra político, foram as adequações e inovações no Poder Judiciário, que em anos antes da criação do juiz de paz, 1827, trazia 4 (quatro) figuras distintas de juiz: o juiz ordinário (de maior hierarquia, nomeados pela Coroa); o juiz de fora (também vinculados à Coroa); o juiz de vintena (juiz pedâneo, que decidia as causas que não fossem as penais e que não fossem relacionadas aos bens de raiz); e o almotacel (juiz de almotaçaria, apenas colocava em vigor as regras ditadas pelo conselho municipal).

Ocorre que toda essas ordenações se misturavam, confundiam as pessoas e também as suas eleições e nomeações eram marcadas por desconfiança e acusações

de fraude. Foi então que buscou-se organizar parte da celeuma através da criação dos juízes de paz, em parte uma reprodução do modelo português, mas que contou com importantes reformas implementadas pelos liberais brasileiros.

De fato, no período que sucede à Independência do país, a junção de forças liberais com grupos de aliados nativos determinou alguns avanços político-jurídicos, como o sistema de Júri popular e o de juízes locais eleitos, aptos para a conciliação prévia de causas cíveis em geral. Ainda que os juízes de paz não fossem juízes pagos e exercessem funções de menor importância, tratava-se de uma alteração importante na organização de um judiciário reconhecidamente exclusivista e centralizador. Como eram eleitos em freguesias longe da sede do império, acabavam independentes e protegiam a Constituição até do próprio imperador. (WOLKMER, 1997, p.28)

Dentre as obrigações mais notáveis do juiz de paz, geralmente atuante em províncias e freguesias de menor importância para a Coroa, incluía-se a promoção da conciliação entre os indivíduos que levavam as suas controvérsias e queixumes dos mais diversos matizes, desde brigas de pastos, uso e desvio de águas, brigas entre parentes, direitos de caça, pesca, danos causados a escravos. Com a abdicação do trono de Dom Pedro I e o início do período da Regência, a figura do juiz de paz como uma figura simples e conciliadora dá lugar às características mais tradicionais da magistratura heterocompositiva, formal e representante da jurisdição. (FLORY, 1986, p.112-130).

Ocorre que todos os que se dedicam ao estudo desse peculiar personagem que teve curta duração na história brasileira, o juiz de paz da época da Constituição de 1824, passando pelo Código do Processo Criminal de 1832 até a sua reforma em 1841 citam, em especial Thomas Flory, Adriana Pereira Campo e Maria do Socorro Nogueira Reis, que a ideia basilar para a criação do juiz de paz era romper com a grande importância da magistratura profissional de nomeação do Governo central, instaurada desde os tempos coloniais, aumentando a autonomia e o poder do cidadão brasileiro.

Incrivelmente, isso se dava através de uma previsão normativa que instituía que “nenhum processo poderia começar sem antes ter sido tentada a conciliação

prescrita” perante um juiz de paz. Ou seja, existia evidente diferenciação entre a conciliação tentada por um juiz de paz e a aplicação da lei pelo juiz ordinário ligado ao Governo Central, portanto, o juiz de paz, apesar de conciliador, não era quem respondia como jurisdição.

Por assim dizer, ainda que breve e em caráter extraordinário, a figura de um juiz conciliador que, preliminarmente à instauração formal do processo, era instado a promover a tentativa de (re)conciliação entre as partes – previsão original no art. 164 da Constituição de 1824: Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum¹⁰ -, ainda assim esse juiz não era o mesmo que, numa fase seguinte, diante da ausência de composição, julgava a causa como representante da jurisdição do Estado, ou seja, o mais próximo de um magistrado-mediador existente nessa época não era o que decidia como magistrado tradicional, representante clássico do Estado-jurisdição.

Ultrapassadas as etapas Imperiais avança-se aos Códigos que mais marcam o cenário jurídico contemporâneo do microsistema da autocomposição: o Código de Processo Civil de 1973, a Constituição de 1988, o Código Civil de 1916, os Juizados Especiais, tanto os estaduais como os federais e, mais recentemente a consolidação do próprio microsistema de autocomposição, apresentando-se como moderna alternativa à heterocomposição dentro de um conceito de Tribunal Multiportas, formado principalmente pela Resolução nº 125/2015 do CNJ – caso se incluía a Justiça Restaurativa nesse liame, tem-se a Resolução nº 225/2016 do CNJ; caso se incluía a mediação trabalhista nesse contexto, tem-se a Resolução 174/2016 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) -, a Constituição Federal 1988, a lei federal 13.140/2015 (Lei da mediação), lei federal 13.105/2015 (Código de Processo Civil), lei federal 9.099/95 (Lei dos Juizados especiais cíveis e criminais estaduais), lei federal 10.259/2001 (Juizados especiais federais), lei federal 12.153/2009 (Juizados especiais da Fazenda pública) e, mais recentemente, apesar de preverem de forma circunstancial a autocomposição, pode-se considerar ainda as leis 11.101/05 (Lei de recuperação judicial e falência) - que após a sua ampla reforma operada em 2020 passou a prever a mediação expressamente - e também a recentíssima 14.181/2021 (Lei do Superendividamento).

¹⁰ No mesmo capítulo da Constituição previa-se 3 (três) exceções: nas hipóteses: urgência; nas causas que não se admitiam a transação; e onde não houvesse Juizes de Paz.

2.3 Para não dizer que não falei das flores: afinal, o microssistema da autocomposição já não veda a atuação do magistrado-mediador?

A resposta para a pergunta é mais difícil do que parece, pois se confunde com a obviedade. Embora o presente trabalho se propõe a pensar a (im)pertinência do magistrado-mediador a partir de outra metodologia, pautada no estudo dos elementos simbólicos, pré-textuais e do senso comum, também não faria sentido ignorar o que a própria norma positivada já tivesse solucionado, caso seja assim.

De um lado, conforme se buscou evidenciar no item anterior, a atuação propriamente dita de magistrados-mediadores é um fato, assim como também o é a juridificação do microssistema da autocomposição pelas instituições e estruturas tecno-formalistas do Direito, mais especificamente aquelas ligadas à organização da magistratura. De outro lado, poder-se-ia chegar à conclusão que esses fatos estivessem colidindo com uma norma expressa, o que certamente influenciaria no desenvolvimento deste trabalho. Portanto, antes de adentrar àquele lado do espelho para investigar as condições míticas, imaginárias e pré-comunicativas, parece necessário enfrentar a realidade e a brutalidade das leis.

Já que a juridificação das estruturas da autocomposição parte dos conselhos e associações da magistratura, que se faça a análise dos principais conjuntos de normas regulamentadoras da magistratura brasileira para que, doravante se apure quais as orientações – ou vedações - dadas aos magistrados a respeito da sua atuação em autocomposição. Pela lei complementar nº 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura nacional), chama a atenção o texto do artigo 36, inciso III, pois indica que é vedado ao magistrado “manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério”.

Notadamente, a orientação sobre a descrição das opiniões do magistrado se inserem na proteção à sua imparcialidade quando diante de um caso concreto que precise decidir, tanto é que se repetem no Código de ética da magistratura, no artigo 8º. Sabidamente, as liturgias que envolvem o cargo da magistratura intencionam preservar a imagem de destacado saber jurídico e moral daquele que decide, homogeneizando no senso comum a figura do juiz, evitando aspectos pessoais desse

ou daquele magistrado ou magistrada, eis que todos se pautam pela mesma retidão da ética e imparcialidade, aplicando somente a lei, nada mais.

Ocorre que a imparcialidade que se constrói para a figura do magistrado, a nosso entender, não é a mesma imparcialidade que se constrói para o mediador, pois o dever de imparcialidade do magistrado que decide é aquela que preza pela sua isenção pessoal em relação ao fato e à norma que deve ser aplicada ao fato jurídico e, ao mesmo tempo, tratar de evitar favoritismos, predisposição ou preconceito ante às partes, mas sem que lhe conduza à neutralidade. Diferentemente desse mecanismo do magistrado que decide, a imparcialidade que se exige do mediador é focada na relação com partes, e não com o conflito ou com o fato jurídico inserido nele. Quanto ao fato jurídico deve haver neutralidade do mediador, ao contrário do magistrado, que deve assumir o lado da lei.

Aliás, o conceito de imparcialidade ao mediador deve ser operado juntamente com o princípio da igualdade e com o princípio da decisão informada, isto é, deve ser mais próxima do conceito de multiparcialidade, pois na qualidade de terceiro facilitador também atua como garantidor dos mesmos espaços ideais de fala dos mediandos, e isso envolve muitas vezes a intervenção para estabelecer a equidade diante de uma situação desequilibrada, sendo que essa intervenção não parta de uma posição que a lei material ou processual exige, tal como seria a intervenção do magistrado, e sim do conceito de igualdade de fala e participação na sessão de mediação propriamente dita.

Já antecipando parte de uma grande discussão que se dará nos capítulos finais desse trabalho, a atuação neutra do mediador só é possível pois a sua ação não deve ser limitada pelo império das leis, pelo tecnicismo de avaliar se a construção do consenso está ou não baseada ou permitida no escopo legal vigente, enquanto a atuação do magistrado, por imposição de lei orgânica e código de ética, não pode “fingir que não vê” eventuais confissões de condutas antijurídicas ou mesmo condutas que contrariam o direito que se almeja com a ação judicial posta. Desta feita, ser um facilitador pode induzir o magistrado a enfrentar o dilema de manter-se fiel aos princípios da confidencialidade e da imparcialidade ao julgar a causa sem ferir sua principal função de distribuir justiça, no exercício da jurisdição, respeitando o compromisso de proteger os direitos subjetivos privados. É plausível reconhecer que essa clivagem não pertence – pelo menos ainda – às habilidades humanamente disponíveis ao magistrado. (MELO, 2020, p.12)

Retomando aos estudos objetivos da legislação, ainda no Código de ética da magistratura, buscou-se entender como se admite a cumulação de funções e encargos do magistrado, já que o modelo em análise se assume híbrido: magistrado-mediador. Há a típica cumulação da Justiça eleitoral, no artigo 11 da lei orgânica, mas este não parece ser o ponto. Identifica-se também a cumulação do magistério, presente no §2º do artigo 21 do código de ética, todavia, também não parece ser o ponto, já que a atuação em análise busca observar a atuação do magistrado em autocomposição judicial, e o magistério claramente é uma função atípica extrajudicial.

Aliás, para se evitar hiatos quanto à possível atuação do magistrado em procedimentos de autocomposição extrajudiciais, é necessário antes de tudo reconhecer que o magistrado é servidor público, e quanto à atuação de servidor público em procedimento privado de mediação ou conciliação, o CNJ, desde 2018, veda expressamente este tipo de atuação. Durante a 274ª Sessão Planária que pautou o tema, ao abordar um dos motivos da vedação, um dos conselheiros registrou em seu voto que “a mera presença, em procedimento privado de mediação extrajudicial, de servidor dos quadros do Poder Judiciário na condição de mediador acaba por ensejar nos participantes uma injusta expectativa de benefício ou desvantagem na hipótese de a demanda ser levada à Justiça, em caso de um acordo frustrado”¹¹.

Aproveitando o tema, identifica-se uma tendência nos regramentos internos-regimentais de tribunais de acenarem positivamente à atuação de magistrados e servidores públicos aposentados em procedimentos de mediação. É o caso do Tribunal de Justiça de São Paulo ao disciplinar o "Plano Piloto de Conciliação em Segundo Grau de Jurisdição", elenca em seu artigo 2º o seguinte texto: [...] serão selecionados pelo Presidente do Tribunal de Justiça, como conciliadores honorários, sem remuneração, magistrados, membros do Ministério Público e Procuradores do Estado, todos aposentados, professores universitários e advogados, com larga experiência, reconhecida a capacidade e reputação ilibada”.

A previsão do TJSP não é a única. O Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), ao editar a Resolução nº 174/2016, que trata da política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder

¹¹ Conselho Nacional de Justiça: Servidores não podem atuar como mediadores extrajudiciais, diz CNJ. Brasília. 20 jun. 2018. Disponível em < <https://www.cnj.jus.br/servidores-nao-podem-atuar-como-mediadores-extrajudiciais-diz-cnj-2/> >. Acessado em 07/10/2021

Judiciário Trabalhista, prevê no §6º do artigo 6º que os mediadores aptos a atuarem num conflito judicializado poderão ser “magistrados togados e servidores inativos”, desde que declarem, sob responsabilidade pessoal, que não militam como advogados na jurisdição do órgão de conciliação do Tribunal. Recentemente, o próprio Supremo Tribunal Federal, no âmbito de seu recente Centro de Mediação e Conciliação também se valeu de ministra aposentada como mediadora. Trata-se do caso em que a ex ministra Ellen Gracie mediou conflito inserido no ARE 1266096.¹²

Ainda sobre a Resolução 174/2016 do CSJT, em seu artigo 6º, §1º, ao contrário de todo o resto do microssistema da autocomposição, verifica-se a vinculação obrigatória de que as sessões de conciliação e mediação – sem citar a diferença entre ambas – só poderão ocorrer se contarem com a presença física de magistrado da ativa, porém, não o vincula necessariamente como mediador ou conciliador. E mais, no §8º do mesmo artigo, encontra-se um legítimo exemplar normatizado da colonização da autocomposição pelas estruturas do Poder Judiciário, pois define que não serão aceitas mediações ou conciliações que não sejam realizadas por servidores públicos:

Art. 6º. Os Tribunais Regionais do Trabalho criarão CEJUSC-JT, unidade(s) do Poder Judiciário do Trabalho vinculado(s) ao NUPMEC-JT, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação de processos em qualquer fase ou instância (...).

1º. As sessões de conciliação e mediação realizadas nos CEJUSC-JT contarão com presença física de magistrado, o qual poderá atuar como conciliador e mediador e supervisionará a atividade dos conciliadores e mediadores, estando sempre disponível às partes e advogados, sendo indispensável a presença do advogado do reclamante.

§ 8º. Fica vedada a realização de conciliação ou mediação judicial, no âmbito da Justiça do Trabalho, por pessoas que não pertençam aos quadros da ativa ou inativos do respectivo Tribunal Regional do Trabalho.

¹² Supremo Tribunal Federal: Ellen Gracie mediará primeiro processo submetido ao novo Centro de Mediação e Conciliação do STF. Brasília. 11 fev. 2021. Disponível em < <https://egesp-portal.stf.jus.br/noticias/60> >. Acessado em 10/10/2021

Pois bem, essa clareza e objetividade que a Resolução 174/2016 do CSJT não ocorre com o restante do microssistema da autocomposição. Não há previsão expressa que obrigue a participação do magistrado em sessões de mediação ou conciliação, tampouco há regra expressa que proíba o magistrado de funcionar como mediador ou conciliador. E é sobre este hiato que a realidade se impõe, isto é, que a juridificação avança para o crescimento da figura híbrida do magistrado-mediador ante o óbvio que deixou de ser dito.

Antes das diferenças, é perceptível que o anexo da Resolução 174/2016 é muito semelhante ao Anexo da Resolução 125/2015 do CNJ, que é o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais. Em seu âmbito, uma passagem reproduzida identicamente em ambos os anexos é o artigo 2º, inciso IV, pois ele prevê a chamada “Desvinculação da profissão de origem”, que pelo texto é o “dever de esclarecer aos envolvidos que atuam desvinculados de sua profissão de origem, informando que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos a qualquer área do conhecimento poderá ser convocado para a sessão o profissional respectivo (...)”.

A previsão da “desvinculação da profissão de origem” pode ser interpretada como uma chave que viabilizaria a atuação do magistrado como mediador para aqueles que entendem não haver óbices normativos para a atuação do magistrado-mediador, como também pode ser exatamente um argumento chave para os que defendem haver sim previsões que proíbam a atuação do magistrado-mediador, eis que ao magistrado, enquanto ativo nos quadros da Tribunal, não é possível imiscuir-se de seu cargo, ainda que em funções não jurisdicionais.

Mais passos adiante. Dessa vez para as previsões circunscritas no Código de Processo Civil, Lei da Mediação e os respectivos Fóruns temáticos instalados para aprimorar as interpretações das normas do microssistema da autocomposição e para promover discussões e levantar boas práticas aos métodos consensuais de solução de conflitos. São dois dos maiores exemplos de fóruns os enunciados editados pelos Fóruns Nacionais da Mediação e Conciliação (FONAMEC) e os enunciados advindos das Jornadas de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal (CJF).

Primeira, a frieza da lei. O Código de Processo Civil não proíbe nem obriga que o mediador ou o conciliador seja magistrado. Os requisitos para ser mediador ou conciliador estão no artigo 167, no qual se exige a prévia inscrição em cadastro

nacional e cadastro do Tribunal de Justiça respectivo. Já na Lei de Mediação, a lei 13.140/2015, a previsão é um pouco mais desenvolvida e separa os requisitos para ser mediador judicial ou extrajudicial. Para o recorte judicial, que é o escopo do estudo, o mediador precisa ser pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação, que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores reconhecida pela ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça.

O FONAMEC, ao adentrar no tema das características que deve o mediador reunir para atuar em mediação judicial, no enunciado nº 34, deixa de dar solução à figura do magistrado-mediador, pois apenas adiciona que “além do mediador já capacitado, poderá também atuar o mediador em fase de adequação à capacitação obrigatória”. Aliás, para os que defendem a legalidade o magistrado-mediador, o FONAMEC prevê expressamente a hipótese de ser o mediador um servidor público, não especificando se magistrado, psicólogo, assistente social ou outro cargo interno, mas prevê em seu enunciado 51 que essa atuação não pode se dar de forma remunerada. Bom, resta avaliar e investigar se os episódios reais de atuação confessada de magistrados-mediadores são computados burocraticamente como remunerados ou não remunerados, todavia, este não é o escopo desta pesquisa.

Quanto à atuação e suas limitações, alguns detalhes podem aqui ser interpretados com maior riqueza de conjunturas por aqueles que defendem que o próprio microssistema da autocomposição daria conta de esclarecer que não é vedada a atuação do magistrado-mediador ou, ao revés, por aqueles que entendem o microssistema seria claro em vedar a atuação do magistrado-mediador. São os casos das repercussões e deveres anexos à confidencialidade e o sigilo inerentes aos mediadores e ao procedimento.

No caso do artigo 166 do Código de Processo Civil, por exemplo, o texto legal prevê que a “confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes”. E mais diante prevê que “em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.”

Ainda preocupado com a proteção do sigilo e a confidencialidade das informações e formas de apresentação das informações tidas em procedimento autocompositivo¹³, o legislador, através do microssistema, tanto no CPC como na Lei da Mediação previu que os conciliadores ou mediadores judiciais que atuarem numa causa, se forem advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos Juízos em que desempenhem suas funções.

No mesmo raciocínio, nas Jornadas de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do CJF, editou-se o enunciado 43 que, por sua vez, elenca que o membro do “Ministério Público com atribuição para o procedimento consensual, devidamente capacitado nos métodos negociais e autocompositivos, quando atuar como mediador, ficará impedido de exercer atribuições típicas de seu órgão de execução, cabendo tal intervenção, naquele feito, a seu substituto legal”.

Ocorre que não há nenhuma previsão especial no CPC, na Lei de Mediação, tampouco em enunciados de conselhos ou fóruns que aborde o mesmo tipo de proibição de atuação futura para o magistrado, o que pode se deduzir que não faria sentido prever a limitação, já que o microssistema não foi feito para comportar o magistrado-mediador ou, ao revés, que a ausência de limitação especial quer dizer que ao magistrado não é imposta a interdição da atuação híbrida.

Apesar de não haver previsão que limite aqui a atuação híbrida do magistrado, o enunciado 46 do CJF prevê que “os mediadores e conciliadores devem respeitar os padrões éticos de confidencialidade na mediação e conciliação, não levando aos magistrados dos seus respectivos feitos o conteúdo das sessões, com exceção dos termos de acordo, adesão, desistência e solicitação de encaminhamentos, para fins de ofícios”. Enfim, admitindo essa previsão à figura do magistrado-mediador teríamos uma espécie de paradoxo, já que o mediador (que é magistrado) que teve contato com fatos e versões porventura apresentadas pelas partes de forma confidencial, não poderiam deixar que o magistrado (que foi mediador) tivesse ciência dos fatos e versões já conhecidas por ele mesmo.

¹³ Na Lei da Mediação, o legislador cuidou de elencar qual o alcance que a confidencialidade tem sobre as informações tidas em procedimento de autocomposição. Elencou-as nos incisos do §1º do artigo 30: I - declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito; II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação; III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador; IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

A mesma proteção é prevista na Resolução nº 225/2016 do CNJ, que dispõe das regras sobre a Justiça Restaurativa. Com as respectivas conformações, dado formato do processo penal sob o qual se insere a Justiça Restaurativa, o artigo 15 da Resolução em seu inciso I fala que é vedado ao facilitador – nomenclatura dada na Justiça Restaurativa ao terceiro imparcial – “impor determinada decisão, antecipar decisão de magistrado, julgar, aconselhar, diagnosticar ou simpatizar durante os trabalhos restaurativos”, o inciso III, finalmente diz que é também vedado ao facilitador “relatar ao juiz, ao promotor de justiça, aos advogados ou a qualquer autoridade do Sistema de Justiça, sem motivação legal, o conteúdo das declarações prestadas por qualquer dos envolvidos nos trabalhos restaurativos, sob as penas previstas no art. 154 do Código Penal.”¹⁴

Dessa forma, tem-se o seguinte resumo: nenhum mediador, conciliador ou facilitador poderá levar ao juiz da causa – aquele da heterocomposição – informação, declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta dita, explicitada ou reconhecida por quaisquer das partes que participaram da autocomposição, sendo que, se esse mediador for advogado ou membro do Ministério Público, não poderá atuar na mesma causa com a sua respectiva função de origem e, para o advogado, a restrição é ainda maior, pois ficará impedido de atuar para as partes que mediarão pelo prazo de um ano, inclusive também ficará impedido de atuar naquela Vara ou Serventia como advogado pelo mesmo prazo de um ano, finalmente, se o descumprimento da confidencialidade se der no âmbito da Justiça Restaurativa, o facilitador poderá incorrer nas penas previstas no artigo 154 do Código Penal.

Quanto à proteção que busca resguardar ao juiz que decide, trata-se de garantia de imparcialidade no seu julgamento da causa. Entrementes, no caso da proteção dada às informações expressas em autocomposição, trata-se de garantia da autonomia das partes, visto que não cuidar da garantia da confidencialidade e do sigilo seria o mesmo que não garantir um ambiente seguro e neutro para as partes se expressarem livremente, despreocupadas com os rigores da lei ou das estratégias processuais, logo seria o mesmo de ferir de morte a garantia da autonomia.

¹⁴ Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa de um conto a dez contos de réis. (Vide Lei nº 7.209, de 1984)

Apesar de se dar em momentos processuais diferentes, tanto o juiz que decide quanto os mediadores, sendo eles advogados, membros do Ministério Público, servidores públicos ou magistrados-mediadores, têm o poder-dever de declarar impedimento ou suspeição diante da causa em que trabalharão. Aqui, os que defendem a impertinência do magistrado-mediador asseguram que uma vez atuando como mediador, ao ser instado como juiz que decide na mesma causa, deveria o magistrado declarar-se suspeito, entretanto, como já dito, não há previsão normativa expressa que trate dessa obrigação, podendo o magistrado entender, em seu foro íntimo, que o contato prévio com as partes em procedimento autocompositivo não lhe retirou a imparcialidade exigida para decidir a causa.

Encerrando este capítulo burocrático, traz-se à reflexão o enunciado 208 do CJP, tendo ele a seguinte redação: “A apresentação de uma proposta de acordo, antes ou durante o litígio, por si só, não pode ser interpretada como reconhecimento do direito da parte contrária nem como indício de plausibilidade do direito por ela alegado”. Na justificativa anexa ao enunciado, constam – e são trazidos exemplo reais na jurisprudência - que há decisões que interpretam propostas de acordo feita por uma parte do processo como indício da plausibilidade do direito da outra parte.

Diferentemente do Brasil quem por sua vez, não traz vedação expressa em sua legislação sobre o tema da proposta de acordo poder compor a “razão de decidir” de uma sentença ou não, as “*Federal Rules of Evidence*” dos Estados Unidos, que estipulam normas de caráter probatório para os Tribunais Federais do país, preveem expressamente que propostas de acordo são inadmissíveis como prova da validade ou do valor de uma pretensão (“*Rule*” n. 408) – reflexão esta que está anexada ao mencionado enunciado 208 do CJP.

Por fim, trazendo o que de mais novo se tem sobre legislação especial que regula a forma como o mediador deve ser escolhido e atuar, tem-se de um lado a reforma à Lei de Recuperação Judicial (lei nº 11.101/2005 alterada pela Lei 14.112/2020)) e de outro a Lei do Superendividamento (Lei nº 14.181/2021). A Lei de Recuperação Judicial propriamente dita nada fala sobre a escolha do mediador, porém a Resolução 58 do CNJ, que regula a autocomposição em recuperação empresarial e falências, em seu artigo 5º traz inédita e arrojada proibição da atuação de magistrados como mediadores, enquanto na mais recente Lei do Superendividamento, em seu artigo 104-A, há previsão inversa, isto é, indicando que quem é o mais apto a conduzir a conciliação é o magistrado.

3.

Daquele lado do espelho: das metáforas, dos mitos e do senso comum que habitam as três faces do magistrado-mediador

A escolha do vocábulo “pertinência” para qualificar a condução do magistrado-mediador em procedimento de autocomposição se justifica semanticamente no contexto do trabalho, ou seja, serve justamente para diferenciar as hipóteses decorrentes da investigação do contexto de certo e errado, justo ou injusto, permitindo que as hipóteses sejam verificadas com um viés crítico, se necessário.

As hipóteses são geradas a partir das possíveis influências que a figura do magistrado-mediador gera em três diferentes esferas: a do próprio procedimento de autocomposição e seu estado da arte (seus objetivos e pressupostos); a esfera das partes que escolhem submeter os seus conflitos de interesses a um procedimento autocompositivo e são, hipoteticamente, influenciados pela presença física do magistrado na condução ou participação no certame; e, por fim, a esfera do próprio juiz, aqui especialmente observados os institutos da imparcialidade e das repercussões na tomada de decisão.

Portanto, para a primeira esfera de influência, as hipóteses verificam se a presença do magistrado-mediador garante os pressupostos da autocomposição normatizados e perquiridos pelo microssistema dos meios consensuais de solução de conflitos, em especial a vedação de constrangimentos, intimidações ou influências dissuasórias contra autonomia das partes, isto é, como o microssistema de proteção à autonomia das partes - como um grande espaço ideal de fala e de construção democrática e esclarecida de consenso - reage.

Na segunda esfera, as hipóteses se relacionam com a autonomia da vontade das partes quando se submetem ao procedimento autocompositivo conduzido ou participado por um magistrado-mediador, aqui consideradas as compreensões históricas e performáticas que a figura/símbolo do magistrado carrega para a sociedade em geral. O mundo das aparências. Para tanto, chama-se para a dinâmica as clássicas definições de juiz Hércules, Júpiter e Hermes, incluindo as mais célebres críticas ulteriores que enriqueceram o tema. (OST, 1993, pp. 170-194)

Na terceira esfera, as hipóteses são geradas através das influências e repercussões que a presença física do juiz com as partes, e junto com elas todo o arcabouço de discursos e versões pessoais e não formais apresentadas durante um procedimento autocompositivo, identificando novas impressões e comportamentos do magistrado para com a sua exegética do caso concreto, seus vieses cognitivos na tomada de decisão e atos perlocucionários e agir instrumental (HABERMAS, 2012a, pp. 494-503)

Para os três pontos desse périplo, as lentes teóricas da Teoria do Agir Comunicativo e seus desdobramentos e pressupostos em Habermas, as características transdisciplinares e metafóricas de Warat, bem como outras referências sobre senso comum, modelos de juiz, interferências pré-comunicativas se dispõem a alicerçar a construção da investigação científica deste trabalho, eis que emprestam saberes e bases metodológicas justamente nesse campo da linguagem, dos significantes e, por fim das influências intersubjetivas.

Já que daquele do espelho as formas e as imagens são performances do real, ou seja, se projetam como se fossem realidades a partir do olhar mítico do observador que, por sua vez, só constrói seu imaginário a partir das registros de mundo que possui, ao invés de analisar as estruturas tecnoformalistas (microssistema da autocomposição sob o enfoque das leis, normas etc) que se supõe que todos saibam – embora a inteligibilidade esteja restrita aos juristas, conforme visão ungeriana -, agora é a vez de analisar os mitos, as metáforas e o senso comum que habita no imaginário coletivo, ainda que não lhe seja sempre clara essa referência, pois pode se instalar em camadas mais inconscientes e pré-conscientes.

Afinal, aprendemos através do conceito de arquétipo de C.G.Jung a dar relevância aos mitos e às lendas de heróis mitológicos para a estruturação e desenvolvimento da consciência coletiva de uma cultura. O herói é aquele habita a borda entre o mundo da consciência e o inconsciente, pois não são deuses nem são homens. (BRANDAO apud VARGAS, 1987, p.9-10)

Logo, subjaz à nossa cultura jurídica nacional, estão as heranças – para o bem o para o mal – do europocentrismo, com toda a carga histórica-normativa que carrega, desde a heteronormatividade, a sobrevalorização do patriarcado e a ideia recorrente de colonização de culturas ditas mais primitiva. Logo, por falar em berço de todo esse arcabouço, falemos de mitologia grega.

3.1 O que arquétipos da mitologia grega podem ensinar sobre a juridificação e outras formas de colonização do mundo da vida?

Retomando brevemente o conceito de juridificação a partir das bases habermasianas, trata-se da tendência das sociedades modernas a um aumento da colonização do Direito – como expressão do mundo do trabalho, tecnoformalista - do mundo da vida e suas expressões tradicionais informais, no qual o mundo da vida representaria um arcabouço de sentidos (de crenças, valores, senso comum etc) compartilhados entre falantes de uma determinada cultura. Portanto, se no capítulo anterior o estudo estava mais voltado ao mundo do trabalho (o que coloniza), neste os olhares estarão ávidos por compreender o mundo da vida.

Dessa forma, encorajado pelo libelo de Warat, onde abundam metáforas e formas líricas e literárias de explicar – ou subverter – conceitos tecno-jurídicos, a partir de quatro mitos da Grécia antiga, três extraídos dos “Doze trabalhos de Hércules” e um da lenda do “Nó Górdio” e Alexandre, o Grande, serão extraídos fragmentos e paralelos com as possíveis formas de juridificação da autocomposição, especialmente focado na figura híbrida do magistrado-mediador.

3.1.1 O javali de Erimanto: colonizar e juridificar a autocomposição

Dentre os temas mais à frente abordados nesse estudo, estão os célebres arquétipos dos juízes criados por François Ost, o juiz Hércules, o juiz Júpiter e o juiz Hermes, assim como o desenvolvimento dessas alegorias para se pensar o modelo de juiz do senso comum para, doravante submeter essa análise à hipótese da (im)pertinência do magistrado-mediador como agente que não constranja os princípios norteadores da cultura do consenso e da autocomposição.

Aproveitando a deixa, como já antecipado, toma-se emprestado dois dos doze trabalhos de Hércules – que em sua forma grega é, na realidade, Héracles, que significa “a glória de Hera”. - O primeiro mito escolhido é o terceiro dos doze trabalhos (provas) impostos a Hércules: a captura do javali de Erimanto.

Conta o mito que o comando dado por Eristeu, rei de Argos, a Hércules era claro: capturar o monstruoso javali selvagem que habitava o alto do monte Erimanto e levá-lo vivo ao rei de Argos. Pois bem, Hércules, primeiro valendo-se de sua força e astúcia, tenta encurralar o javali na caverna, porém, o javali foge para manter-se

com suas origens selvagens, em seu habitat natural. Diz também a lenda que Hércules, para cumprir esta prova, teve que vencer o javali pelo cansaço, assim capturando-o para, em seguida, também pela força e pelo cansaço, aplicar-lhe uma espécie de adestramento para que enfim a besta fera pudesse ser entregue a Eristeu, aquele que deveria ser atendido para livrar Hércules de sua maldição.

Para os que se dedicam a estudar os simbolismos desse mito, conta-se que o javali representaria a tradição hiperbórea, ligada a Ilha dos Bem-Aventurados, uma espécie de paraíso perdido, intocado. (BRANDÃO, 1987, p. 100) O javali seria a representação dessa pureza espiritual desse lugar que não conhece a imposição da cultura do homem e a sua domesticação a seu modo.

Em nossa interpretação, evidentemente voltada ao tema do trabalho e ao movimento de juridificação da autocomposição pelo magistrado-mediador, tem-se a hipótese de ser ele a figura de Hércules, enquanto o javali representaria a cultura informal, natural e não tecnicista das autocomposições. Nesta interação, o magistrado-mediador não só colonizaria o espontaneísmo das autocomposições, como também transformaria a sua cultura para mais próxima à cultura do judiciário tradicional, sendo então representado por Eristeu.

Aqui, apesar de existir o comando para não matar o javali, não há o comando de preservar-lhe a natureza original, pelo contrário, a captura também significa mais do que a colonização do corpo, mas a colonização da cultura, das origens. Uma espécie de conquista de domar o que é arredo, selvagem e imprevisível, de modo a torna-lo compatível à previsibilidade das regras e normas tradicionais, o que seria em nosso vocabulário mais cotidiano, garantir a segurança jurídica e anterioridade das normas aos fatos.

3.1.2 A corça de Cerinéia: o dilema de interagir sem interferir ou ferir

Dentre os caminhos desse estudo está a análise das possíveis interferências que a presença do magistrado-mediador geraria nas partes de um procedimento de autocomposição, necessariamente anterior a uma decisão heterocompositiva, observando-as em três esferas: a esfera das partes, a esfera do procedimento e a esfera do próprio magistrado enquanto juiz que decide o mesmo caso.

Notadamente, um dos atributos que se almeja de um experiente mediador é a sua capacidade de aplicar as técnicas de negociação e direcionamento da sessão a fim de facilitar a construção de um consenso pelas próprias partes, rejeitando a interferência na tomada de decisão, contudo, estando à disposição para garantir a igualdade entre as partes, a tomada de decisão informada e esclarecida pelas mesmas e, sobretudo a checagem da autonomia. Enfim, uma linha sempre tênue entre interação e interferência.

Para servir de arquétipo, traz-se agora o quarto trabalho (prova) atribuído a Hércules: a captura da corça de Cerinéia para ser entregue/devolvida à sua tutora, a deusa Ártemis. NA lenda, a corça é um ser que, ao contrário das propriedades selvagens e de força bruta atreladas ao javali de Erimanto, é pautada por sua exuberância, plasticidade, riqueza de atributos com seus pés de bronze e os cornos ouro. E, por ser da deusa Hera, embora fosse confiada à Ártemis, trazia a proteção e a marca do sagrado. (BRANDÃO, 1987, pp. 100-101).

Neste caso, em virtude das sublimidade e delicadeza do animal, além da sua proteção sagrada, a ordem era de que a captura não deveria impor qualquer sacrifício ao animal, isto é, não lhe poderia derramar qualquer sangue ou impingir-lhe nenhuma ferida, sob pena de profanação do incauto.

Pois bem, conta a lenda que para atender aos comandos, depois de tentar incessantemente cercar e capturar a corça pela força, pela agilidade ou pelo cansaço. Sem sucesso. Hércules então, para pegar a corça, identifica que seria necessário valer-se da harmonia, da interação e de uma espécie de imersão nos hábitos e comportamentos do animal, pois só então conseguiria aproximar-se sem que a sua presença fosse sentida como risco ou violência. Assim, depois de um ano de aprendizado e aproximação não violenta, Hércules alcança de perto o animal e, usando as orientações dadas por Athenas, agarra nos chifres de ouro da corça, local maciço e que não causaria nenhum ferimento ao animal, conseguindo finalmente captura-la para ser devolvida à Ártemis.

Destarte, há uma outra versão deste mito que conta que, ao invés de Hércules ter conseguido capturar a corça através da persistência e capacidade de conectar-se com o animal, ele teria lançado uma flecha em uma de suas patas de bronze, causando-lhe um leve ferimento, e só então conseguiu aproximar-se do animal para agarrar-lhe os chifres de ouro. Todavia, no desenrolar dessa versão, quando Hércules está a levar a corça para ser devolvida à Ártemis, ele encontra com Apolo

e sua irmã Diana pelo caminho, e os deuses o acusam de ter falhado em sua missão, pois feriu o animal, contudo Hércules argumenta que não lhe tirou o sangue, convencendo os deuses a permitir a conclusão de seu trabalho.

Para os que se dedicam a estudar os simbolismos desse mito, conta-se que a corça representaria a pureza do sagrado, a beleza do conhecimento elevado. Há ainda, numa visão mais sacra, o simbolismo da corça sendo uma contraposição à agressividade dominadora, por isso o animal seria dotado de recursos mil para não ser capturado ou domesticado, inclusive com os pés de bronze para afastar-lhe do solo profano dos dominadores.

Todavia, mais importante que as características da corça, nesse caso, é a jornada do herói, pois a vitória não veio da força ou de suas virtudes super-humanas, e sim de capacidade de se conectar ao animal, de esvaziar-se de suas certezas e crenças para pensar como o animal, compreendê-lo verdadeiramente em seu habitat e comportamento.

Em nossa interpretação, evidentemente voltada novamente ao tema da juridificação da autocomposição pelo magistrado-mediador, dessa vez se observa o dilema da interação sem interferência ou, a interação sem ferir a autonomia daquele com o qual se interage.

Novamente, equiparando o magistrado-mediador a Hércules, vê-se a hipótese em que ele precisa ao invés de colonizar e domesticar a seu modo a corça, que no caso seria o próprio conflito colocado pelos mediandos, deve verdadeiramente entendê-lo de forma empática, aceitando as regras que as próprias partes construíram para aquele caso, eis aqui a autonomia.

Ocorre que a hipótese de interação sem interferência que retire a autonomia das partes esbarra numa outra questão: será mesmo que a presença do magistrado, com toda a sua carga simbólica que permeia o senso comum, inclusive das partes, seria capaz de não produzir constrangimentos à autonomia das partes em suas espontaneidades? A sua mera presença não seria uma interferência?

Bom, no mito grego certamente Hércules era uma figura conhecida como um ser vigoroso e violento. Seguramente, essa foi a imagem que pode ter sido transmitida à corça em primeiro momento, tanto é que fugia. Contudo, após um ano de persistência e muita abdicação de suas próprias certezas, renúncia de suas próprias capacidades de força e vigor, Hércules conseguiu, ou seja, se trata também do que se está disposto a abrir mão para alcançar os objetivos.

3.1.3 O Nó Górdio: Na falta de orientação, o que está errado?

Numa última metáfora da Grécia antiga, agora dando um descanso à Hércules, rememora-se a lenda do Nó Górdio e a sua história que envolve o Rei Midas e Alexandre, o Grande (356-323 a.C.) Destarte, é preciso deixar claro que essa lenda é uma das preferidas de palestrantes de autoajuda ou de toda a espécie de coachs que promovem-na sob o manto de “pensar fora da caixa”, imputando a solução dada por Alexandre como uma sacada de mestre, um insight digno de vencedores. Ledo engano dos atletas motivacionais.

Eis a história que envolve as conquistas e formas de sucessão do reinado da Frígia, que seria equivalente à área da Ásia Menor do século VIII A.C.: conta a lenda que um determinado rei da Frígia havia morrido sem deixar herdeiros capazes de sucedê-lo ao trono. Para dar orientação, foi então consultado o Oráculo que, por sua vez, profetizou que o próximo rei chegaria às terras da Frígia conduzido por um carro de bois. Cumprindo a profecia, chega ao reinado de Frígia um humilde camponês de nome Górdio.

Conta a lenda que Górdio foi nomeado Rei de Frígia, porém, para não esquecer de sua origem humilde, escolhendo como símbolo desta condição a sua carroça que o conduzira até o reinado, levou-a até o templo de Zeus, região onde hoje é a Turquia, e amarrou-a com um nó em torno de uma das colunas do templo. Um nó impossível de desatar, contava a lenda: o nó Górdio.

Após um longo e próspero reinado, ao fim de sua vida, o rei Górdio deixou sua coroa a seu sucessor, Midas. Sim, aquele mesmo que ficou famoso por seu toque transformar as coisas em ouro, entretanto, apesar de interessantíssima o dom e a maldição de Midas, essa não é a história principal do Nó Górdio à qual se precisa chegar. O importante é registrar que após uma vida conturbada à frente do reino de Frígia, Midas não deixou sucessor vivo à coroa.

Dadas as circunstâncias, o Oráculo foi novamente consultado, profetizando dessa vez que o novo rei de Frígia seria aquele que conseguisse desfazer o nó que Górdio aplicou em seu carro de bois junto ao templo de Zeus. Mais de quinhentos anos se passaram e ninguém conseguia desatar o Nó Górdio. Formavam-se filas longínquas de pessoas ávidas a tornarem-se reis. A lenda espalhava-se por todo o vasto Oriente.

Finalmente, conta a lenda que em 334 a.C. Alexandre, o Grande, ao saber do mito ao estar próximo de Frígia, resolveu ir até o local para conhecer mais de sua história. Chegando ao local, abriu-se os caminhos para Alexandre até o templo de Zeus. Alexandre, que já gozava nessa época de toda a liturgia sobre sua imagem e força sobrehumana, parou por alguns instantes diante do nó Górdio. Avaliou com minúcias as suas voltas e a sua força. Depois então de analisar, de súbito, desembainhou sua espada e num só golpe cortou o nó. Conta-se que durante um lapso de instantes o povo se entreolhava e perguntavam uns aos outros apenas com os olhos sobre o que acabara de acontecer e qual seria a “validade” daquele ato. Momento seguinte, sem objeções, Alexandre, o Grande, tornou-se Rei e, mais tarde, dominaria toda a Ásia Menor a partir desse reinado.

Como dito, essa lenda é geralmente usada sob o pretexto de estimular as pessoas a, diante de problemas aparentemente complexos e com pretensas soluções complexas, a buscarem a solução efetiva e simples que pode estar diante dos seus olhos, um olhar diferente sobre as coisas da vida, um “pensar fora da caixa”. Nada disso serve para esta ponte metafórica entre mitologia e magistrado-mediador.

O paralelo mítico é o seguinte: assim como não é possível afirmar que a ação de golpe de espada para desatar o nó Górdio feita por Alexandre é errada ou certa, admissível ou não pela profecia do Oráculo, ou seja se é válida ou não para cumprir a regra de merecimento do reino de Frígia, também não se faz possível, até o momento, afirmar se a atuação direta do magistrado em procedimentos de autocomposição é errada ou certa, é admissível ou não face ao conjunto de normas contidas no microssistema da autocomposição.

Ora, por isso mesmo os primeiros capítulos daquele outro lado do espelho foram desenvolvidos. Justamente para apresentarem que o objeto do estudo não contém solução pragmática e positivada no conjunto de normas válidas do microssistema, além de ser também demonstrado que a atuação do magistrado-mediador não é hipótese de laboratório, pelo contrário, é prática que cresce nos corredores dos Tribunais e Subseções do Judiciário brasileiro.

Então, esse contraponto do Nó Górdio é peculiar quando comparado aos dois trabalhos de Hércules citados anteriormente, pois nos comandos dados à Hércules por seu primo e desafeto Eristeu, as regras e limites eram claras. Seja para capturar sem tirar o sangue da corça, seja para capturar e domesticar o selvagem javali. Havia regras sob as quais os dilemas do herói deveriam trabalhar para se

fazer cumprir. No caso do Nó Górdio, premia-se a forma destemida e arrojada que Alexandre, o Grande deu à solução de um problema cujas regras eram rarefeitas.

Portanto, retoma-se ao ponto que inaugural este capítulo, que é a escolha do vocábulo “pertinência” ou “impertinência” para qualificar a conduta do magistrado-mediador que atua diretamente em procedimento de autocomposição. Outra necessária digressão: pertinência ou impertinência a que? Qual a referência para se avaliar a conduta? As multicitadas três esferas que formam uma autocomposição: a esfera das partes e a garantia da suas respectivas autonomias; a esfera do procedimento e a verificação de seus preceitos e pressupostos quando recebe a condução ou participação direta de magistrado-mediador; e por último a esfera do magistrado que decide, que é aquele mesmo agente que esteve em procedimento autocompositivo, ouvindo as versões livres das partes e também as suas formas de se comportar diante das versões do outro, e que agora precisa aplicar a lei num movimento heterocompositivo.

Para tanto, não basta a letra fria da lei ou a brutalidade das palavras positivadas em normas administrativas, ou mesmo a observação analítica de julgados ou de todas as transcrições de autocomposições conduzidas por magistrados-mediadores. O que interessa ao estudo é analisar qual o arcabouço simbólico que entra numa sessão de autocomposição conduzida diretamente por magistrado-mediador. Quais os elementos pré-textuais que influenciam nessa interação. Quais subjetividades são levadas à mesa independentemente de afirmações. Ou seja, qual o imaginário que compõe o senso comum que senta à mesa numa mediação.

3.2 Olha quem vem para mediar: o imaginário jurídico, a literatura e o senso comum

Daquele lado do espelho todo elemento do imaginário é importante, afinal as teorias sobre a realidade percebida por cada sujeito, seja pela percepção filosófica ou psicanalítica, passa pelo estudo do arcabouço subjetivo – imaginário e simbólico - desse sujeito ou, em maior proporção, a análise do arcabouço cultural daquele nicho onde o sujeito se insere, sendo possível então analisar com mais propriedade as intersubjetividades.

É exatamente os contatos, influências e consequências da intersubjetividade do magistrado-mediador > partes > procedimento autocompositivo > juiz que decide que vem se pretendendo estudar por diversos ângulos até agora, mas agora é necessário entregar-se ao imaginário, àquilo que é matéria-prima ao senso comum das partes quando se relacionam com o mundo técnico do Judiciário, e para o caso do estudo, com a sua máxima representação simbólica: o magistrado.

3.2.1 François Ost e os três modelos/arquétipos de juiz do imaginário

François Ost dedicou ditosa parte de seus estudos às interseções do Direito com a Literatura, sendo um dos pioneiros nessa área que muito se desenvolve nos tempos atuais. Valendo-se dessa metodologia que se serve dos arquétipos mais conhecidos do imaginário popular, geralmente em lendas, mitos e contos que atravessam séculos e ajudam a identificar traços de uma cultura, Ost, em 1993, escreveu o texto “Júpiter, Hércules e Hermes: três modelos de juiz”, publicado na Revista Doxa, na Espanha. (OST, 1993, pp. 170-194)

Como arquétipos a servirem de exemplo, Ost apresenta três deuses da mitologia, Júpiter, Hércules e Hermes, correlacionando-os a características, estruturas e paradigmas do direito e do desempenho da atividade jurisdicional para com um conflito, sendo que cada uma dessas características vai sendo associada às mais famosas virtudes desses deuses.

O primeiro arquétipo é o juiz Júpiter. Parte-se da estrutura de pirâmide, no qual o direito é aquele que vem de cima, do alto. Ao mesmo tempo, a sua aplicação é aquela tecno-formalista, passível de ser encontrada em leis codificadas. Seria então capaz de enxergar o direito de cima, uma visão do todo, clarividente.

O primeiro [Júpiter] representaria o modelo liberal-legal, de feição piramidal-dedutivo, isto é, sempre dito a partir do alto, de algum “Monte Sinai”; esse direito adota a forma de lei e se expressa em forma de imperativo, vindo a ser representado pelas tábuas da lei ou códigos e as Constituições modernas, sendo que dessa parametricidade é que são deduzidas as decisões particulares. (STRECK, 2010, pp.21-22)

François Ost resume esta estrutura como sendo a “lei codificada, reduzida à simplicidade de uma única obra, articula-se em forma hierárquica e piramidal.” Do mesmo modo, ainda ao citar a forma que estrutura este modelo jupiteriano, cita que teóricos jurídicos como Merkl e Kelsen apresentaram essa teoria na sua forma de “construção do direito por etapas” (Stufenbau). Pelas palavras de Ost, ao interpretar Kelsen¹⁵, dizia que, nesse caso, “o sistema jurídico não é um complexo de normas vigentes, uma ao lado da outra, mas uma pirâmide ou hierarquia de normas que se sobrepõem ou se subordinam umas às outras, superiores ou inferiores”. (OST, 1993, p. 173).

Mas afinal, para além da estrutura, qual o papel do juiz neste modelo?

A maior parte dos que usam este arquétipo para pensar o modelo de juiz o chamam comumente de juiz “boca da lei”, pois diante dos sistema de códigos e leis positivadas numa estrutura bem engendrada de hierarquia, pesos e contrapesos, ao juiz caberia apenas a função de pronunciar sentenças oriundas da “verdadeira vontade do legislador”, ou seja, da “vontade da lei”.

Todavia, é importante que se desvele parte dessa imprecisão que o senso comum costuma atribuir a Kelsen e à sua Teoria Pura do Direito. Na realidade, ao juiz Júpiter é sim admissível interpretação na aplicação do direito, pois a “pureza” que se refere a teoria é no sentido dela estar livre de questões valorativas, mas não de interpretações. (PRIEBE; SPENGLER, 2020, pp. 380-381) O que é puro é a teoria e não o Direito.

Evidentemente, pelo foco e protagonismo que se dá à estrutura em detrimento do julgador, os limites de interpretação do juiz “boca de lei” acabam por existir quando há indeterminação da norma para se vincular a certo fato, todavia, essa discricionariedade nada constrange o arquétipo pensado por Ost, que é o juiz que estaria mais como representante da aplicação de uma lei extraída de um sistema tecno-formalista, piramidal e hierárquico, cuja norma fundamental, aquela que aperfeiçoa o valor a todo o resto da estrutura, viria do alto, teria ela superioridade de Júpiter, e para ela o juiz devota o seu ofício.

¹⁵ No mesmo capítulo, ainda sobre Kelsen, Ost reconhece que o autor da Teoria Pura do Direito nunca parou de reconsiderar o estatuto da norma fundamental, e terminará por admitir que uma norma deve expressar necessariamente o significado de um ato de vontade e não apenas de uma hipótese intelectual. Assumir a norma fundamental significa igualmente assumir a existência de uma "autoridade imaginária" que "quer" essa norma.(...) Ao final, conclui Ost: Sim, se quiser garantir a unidade e a validade de um sistema jurídico, será feito "como se" algum imaginário lhe tivesse dado o impulso inicial. Júpiter decididamente não está mais muito longe.

O segundo modelo é o do juiz Hércules. Aliás, a associação de um modelo de juiz a esta figura mitológica não se dá a primeira vez com François Ost, mas com Dworkin, que emprestava a mitologia do herói Hércules para pensar o juiz ideal. Apesar de guardar algumas similitudes, e até mesmo citar o Hércules de Dworkin, Ost tenta desenvolver seu próprio arquétipo e lhe dá outros contornos.

Ao Hércules de Ost, para além da aplicação da lei de Júpiter, lhe é reservado a atuação em várias frentes de trabalho, multifacetado e empenhado a dar a soluções para um conflito para além das generalidades e amarras da lei. Como estrutura, Ost pensa numa pirâmide invertida, ou um funil, no qual o próprio juiz e o caso concreto são o limite e também a possibilidade de atuação judicial, agora de natureza indutiva. (AZEVEDO, 2012, p.33-34) .

Já o modelo herculeano está sustentado na figura do juiz, que seria a única fonte do direito válido. Trata-se de uma pirâmide invertida, no dizer de Ost. É Dworkin quem, no dizer do autor, ao revalorizar até o extremo a figura do juiz moderno, atribui-lhe as características de Hércules. Embora diga que não pretende “equiparar” a tese de Dworkin aos realistas ou pragmatistas, Ost termina por colocar no Hércules dworkiano os “defeitos” que caracterizariam o juiz “monopolizador da jurisdição” no modelo de direito do Estado Social, em que o direito “se reduz ao fato”, enfim, à indiscutível materialidade da decisão. Esse juiz propiciaria um deciosionismo, a partir da proliferação de decisões particulares. (STRECK, 2010, p.22)

Ao interpretar o juiz Hércules narrado por Ost, inevitável se pensar em máximas reproduzidas por correntes do realismo jurídico, que em grau máximo afirmam que, apesar de existirem códigos, constituições e um conjunto de regras e princípios num dado ordenamento ao qual o juiz está inserido, o Direito, ao final e ao cabo, seria aquilo que o juiz diz que é para o caso concreto.

Mais adiante, o próprio autor, ao citar a famigerada “revolução copernicana” do direito antigo, conservador, para o dito direito moderno sob a ótica do realismo jurídico de Oliver Wendell Holmes Jr., descreve que “enquanto o pensamento jurídico tradicional coloca as regras no centro do sistema e acredita que as decisões

podem ser deduzidas mecanicamente [...], Holmes e o movimento realista colocam as decisões judiciais no centro do sistema.” (OST, 1993, p. 177).

Interessante também observar que numa das inúmeras tarefas atribuídas ao vitruviano juiz Hércules, Ost cita atuações pré-contenciosas, em que caberia também às virtudes deste magistrado o aconselhamento, a orientação e a própria prevenção do conflito. (OST, 1993, p. 177).

O modelo do juiz Hércules e do juiz Júpiter, como até mesmo confessa o próprio Ost, reproduzem modelos opostos entre si, como se até mesmo fossem a imagem inversa um do outro diante de um espelho. Ambos, porém, guardariam a incapacidade de articular soluções satisfatórias entre o fato e o Direito para uma sociedade pós-moderna. O direito, em ambos os modelos se dissolve, em última análise, nos lugares ideais de sua estruturas: vértice da pirâmide no juiz Júpiter ou extremidade do funil para o juiz Hércules.

Talvez se possa observar que, no entanto, Hércules e Júpiter são apenas duas imagens do Direito, dois modelos, dois tipos ideais bem distantes da realidade jurídica. Sem dúvidas, admitir-se-á porém, que representem, uma e outra, duas figuras típicas do imaginário jurídico e sabe-se que seria um grave erro subestimar a eficácia desses tipos de representações. No entanto, cientes da natureza restritiva dessas teorias extremas, alguns deles sempre tentarão moderar, relativizar, combinar suas respectivas teses. A maioria das teorias gerais do Direito participam deste propósito. [...] Se Júpiter se torna humano, Hércules poderia também, por outro lado, afastar-se - pelo menos parcialmente - de sua condição humana e ascender a qualquer forma de racionalidade superior. (OST, 1993, p. 180).

É a partir dessa incapacidade que Ost apresenta o terceiro modelo de juiz, o juiz Hermes. Esse modelo não se pauta em estrutura centralizada no processo-código, tampouco no fato-decisão. Não se estrutura como pirâmide, seja em sua forma normal ou invertida, tipo funil, e sim como rede. Não se liga à ideia de código (Júpiter) ou de dossiê (Hércules), e sim a de um banco de dados. Hermes é escolhido por Ost por representar o deus da comunicação e circulação, deus da mediação, de caráter modesto no cargo de representante e porta-voz que é esquecido em benefício

da continuação do próprio jogo, a quem Ost confia a tarefa de simbolizar o que ele apresenta como o seu modelo ideal de juiz em forma de teoria lúdica e metafórica.

No modelo de Hermes, o juiz não é nem a “boca da lei” nem o assistencialista e voluntarioso que a tudo se dispõem, ele se alinha com a ideia de comunicador, de ponte, um grande mediador capaz de conectar os diversos atores e fontes que influenciam a construção intersubjetiva para a solução dos casos concretos. Para além do decisionismo ou do alto grau de tecno-formalismo, o juiz Hermes é um juiz pautado pela prudência, e vislumbra soluções levando em conta o caráter indeterminado e inacabado do direito, desconfiando do senso comum dos juristas e da clareza das leis.

Como contraponto, Ost apresenta um *tertius genus*, o juiz Hermes, que adota a forma de rede; nem um polo, nem dois, isto é, nem a pirâmide e nem um funil, e tampouco a superposição dos dois, senão uma multiplicidade de pontos de inter-relação; um campo jurídico que analisa como uma combinação infinita de poderes, tanto separados como confundidos, amiúde intercambiados; uma multiplicação dos atores, uma diversificação de regras, uma inversão de réplicas; tal circulação de significados e informações não se deixa aprisionar em um código ou em uma decisão: expressa-se sob a forma de um banco de dados. Assim, segundo Ost, o direito pós-moderno, o direito de Hermes, é uma estrutura em rede que traduz em infinitas informações disponíveis instantaneamente e, ao mesmo tempo, dificilmente matizáveis. Trata-se, em síntese, de uma teoria lúdica do direito. O juiz Hermes não é nem transcendência nem imanência; encontra-se em uma e outra dialética ou paradoxalmente (uma e outra). (STRECK, 2010, p.26)

Um dado muito relevante do modelo do juiz Hermes para o tema dos auxiliares da justiça a que se atém parte deste estudo, é a proposta de Ost de descentralização das funções tradicionalmente jurisdicionais, pois uma das características colocadas no texto de Ost é o da intersubjetividade e o da desconcentração do protagonismo do juiz Hermes, que em grande parte do processo

serviria como ponte ou gestor, atribuindo ou reconhecendo a diferentes atores parte da solução de conflito, ao invés dele mesmo executar.

Outra característica que se interliga ao tema magistrado-mediador e à sua condição híbrida ainda não legislada - ou pelo menos não capturada pelos comandos de proibido / permitido – é a qualidade de “prudência” que se atribui ao juiz Hermes, sobretudo quando inserido no contexto de uma sociedade hipercomplexa e cosmopolita – transmoderna, segundo pensava Luis Alberto Warat -, em que o juiz é instado a pronunciar-se, sobretudo os chamados “casos difíceis”, que extrapolam o direito positivado e esbarram em questões éticas em debate. Segundo Ost, diante desses casos, o juiz Hermes deve pautar-se por uma antiga regra de prudência: "Quando em dúvida, abster-se". Em seguida, o próprio autor se provoca, questionando se esse *timing* prudencial e abstenção são suficientes: “Um dia ou outro, Hermes será forçado a decidir”. (OST, 1993, p. 193-194).

Em conclusão aos três arquétipos pensados por François Ost em aplicação ao tema do estudo do magistrado-mediador, entendemos que o juiz Júpiter recusaria a sua atuação criativa e atípica em fase autocompositivo, muitas vezes tida em momento pré-processual. Já o arquétipo do juiz Hércules, assistencialista e voluntarioso, poder-se-ia cogitar que sim, se prestaria à atuação em autocomposição, contudo, por todo o exposto sobre este arquétipo, seria forçoso pensá-lo enquanto figura híbrida, em que colocaria suas premissas de magistrado numa espécie de *stand by* em detrimento da função de mediador. Talvez, seria pertinente pensá-lo como magistrado que atua em todas as funções contenciosas, pré-contenciosas e pós-contenciosas, não sendo compatível entendê-lo como facilitador, e sim como monopolista de todo um processo.

Por fim, na proposta de juiz Hermes, aqui se aproxima muito da proposta de juiz gestor do processo que o atual Código Processual Civil perquiriu, e por ela, entendemos que a metáfora de rede colaborativa tende a esperar que o magistrado, ao identificar potencial de autocomposição, ao invés vestir-se do semblante de figura híbrida magistrado-mediador, servir-se dos auxiliares da justiça, nomeadamente os conciliadores, mediadores, facilitadores, peritos etc., pois a esses atores sociais foi atribuída tipicamente a função não decisória. Talvez, aqui estaria a aclamada prudência.

3.2.2 Os juízes na literatura: seus símbolos, mitos e ritos

Pensando no imaginário que emana daquele lado do espelho, além dos arquétipos de François Ost, existe uma coleção de fontes líricas e romantizadas que ajudam a pensar a figura do magistrado para o senso comum, já que é esse imaginário e simbólico que serve de matéria-prima às primeiras impressões e percepções que a cultura popular e o senso comum das partes que medeiam virão a elaborar e racionalizar quando, de alguma forma, reconhecem a figura do magistrado.

Para além da adstrição das palavras, seus signos, simbolismos, significados e significantes, existem os elementos pré textuais, as imagens míticas, os símbolos, os mitos, as caricaturas e as metáforas que habitam o arcabouço de elaboração do sujeito. Todo esse substrato capturado pela literatura é adubo essencial para o registro histórico e cultural de uma época, de um lugar, de uma civilização.

No seio da literatura, Antônio Cândido, considerado o maior crítico literário brasileiro, afirma em sua em seu ensaio contido na obra “Direito à Literatura” (primeira publicação em 1980) que a literatura aparece como manifestação universal de todos os homens em todos os tempos:

Não há povo e não há homem que possa viver sem ela, isto é, sem a possibilidade de entrar em contato com alguma espécie de fabulação. Assim como todos sonham todas as noites, ninguém é capaz de passar as vinte e quatro horas do dia sem alguns momentos de entrega ao universo fabulado. O sonho assegura durante o sono a presença indispensável deste universo, independentemente de nossa vontade. E, durante a vigília, a criação ficcional ou poética, que é a mola da literatura em todos os seus níveis e modalidades, está presente em cada um de nós, analfabeto ou erudito, como anedota, caso, história em quadrinho, noticiário policial, canção popular, moda de viola, samba carnavalesco. [...] Isto significa que ela tem papel formador da personalidade, mas não segundo as convenções; seria antes segundo a força indiscriminada e poderosa da própria realidade. (CANDIDO, 2004, p. 174-176).

Retomando brevemente à contribuição de Fraçois Ost para a temática do Direito e Literatura, em seu livro “Contar a Lei: as fontes do imaginário jurídico”, ao organizar didaticamente os subtemas provenientes do principal, elenca-o em três formas: o direito na literatura – tida como a maneira como a literatura trata de questões inerentes aos simbolismos do Direito; o direito da literatura – a forma como o lei e a jurisprudência tratam os fenômenos da escrita literária; e o direito como literatura – que aborda o discurso jurídico utilizando-se do método de análise e crítica literária. (OST, 2009, p. 48)

Neste capítulo, o recorte é o “Direito na Literatura”, sobretudo através dos capítulos dispostos e organizados por Lenio Streck e André Karam Trindade no livro “Os Modelos de Juiz: ensaio de direito e literatura” (2015). Logo no início, com o fim de apresentar a qualidade ditosa e abundante de obras clássicas que retrataram ao longo dos anos os símbolos inerentes ao Direito, como justiça, processos, julgamentos e sobretudo a figura do magistrado, apresenta-se um verdadeiro sumário de obras. (STRECK e TRINDADE; TRINDADE, 2015, p.5)

[...] é possível identificar os mais diversos modelos de juiz na literatura ocidental: “Palas Atenea”, de Ésquilo, na tragédia Orestéia(458 a. C); “Filocleon”, de Aristófanes, na peça As vespas (422 a.C.); “juiz da beira”, de Gil Vicente, na farsa O juiz da beira (1525); o “juiz Bridoye”, de François Rabelais, no romance Gargantua e Pantagruel (1532); “Pórcia”, de William Shakespeare, na peça O mercador de Veneza (1605); “Ângelo”, também de William Shakespeare, na peça Medida por medida (1608); “o juiz de paz”, de Martins Pena, na peça O juiz de paz da roça(1833); o “juiz Ivan Ilitch”, de Liev Tolstoi, na novela A morte de Ivan Ilicht (1886); o “juiz Solaguren”, de Pedro Prado, na novela Un juez rural (1924); “o Juiz”, de Franz Kafka, no livro O processo (1925); “Barão de Andergast”, de Jakob Wassermann, no romance O processo Maurizius (1928); o “juiz Komives”, de Sandor Marai, na novela Divórcio em Buda (1935); o “juiz Azdak”, de Bertolt Brecht, na peça O círculo de giz caucasiano (1944); “Hathorfe”, de Arthur Miller, na obra As bruxas de Salém (1953); “o magistrado”, de John-Maxwell Coetzee, no romance À espera dos bárbaros(1980); o “juiz

Cosme”, de Camilo José Cela, na obra *O assassinato do perdedor* (1994); “o juiz-presidente”, de Bernhard Schlink, no romance *O leitor* (1995); o “nosso juiz”, de Marcelo Carneiro da Cunha, no romance *O nosso juiz* (2004); e, mais recentemente, a “juíza Fiona”, de Ian McEwan, no romance *A balada de Adam Henry* (2014)¹⁶

Em breve digressão sobre a matéria “Direito e Literatura” no Brasil, buscando a mesma trajetória de catalogação e identificação de Direito na Literatura, só que dessa vez voltada para as obras literárias brasileiras, um artigo de Eduardo Aleixo Monteiro para a *Revista de Direito, Arte e Literatura* aponta os principais precursores escritores nacionais: Gregório de Matos Guerra, Cláudio Manoel da Costa, Tomás Antônio Gonzaga, Gonçalves Dias, José de Alencar, Raimundo Correia, Alphonsus de Guimarães, Machado de Assis e Graça Aranha. (MONTEIRO, 2020, p. 60)

Em metalinguagem, o mesmo estudo de Monteiro identifica os precursores e os principais expoentes da matéria “Direito na Literatura” (Direito e Literatura) no Brasil. Cita que os primeiros estudos são atribuídos a Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, pela sua dissertação de mestrado defendida em 2000 cujo título foi *Direito e literatura: anatomia de um desencanto: desilusão jurídica em Monteiro Lobato*. Destarte, em necessária menção, Monteiro, registra que desde os anos 1980, na Universidade Federal de Santa Catarina, o professor argentino Luis Alberto Warat já trabalhava com as interseções ou o entrelaçamento entre o Direito e manifestações estéticas como a Literatura (informação verbal). Lênio Streck, por sua vez, é mais categórico ao afirmar que Luis Alberto Warat iniciou sim o Movimento Direito e Literatura no Brasil. (MONTEIRO, 2020, pp. 72-74)

Retomando os símbolos do judiciário e do magistrado na literatura, Streck, no texto “Os Modelos de Juiz e a Literatura” busca capturar as obras literárias clássicas que primeiro expressam a transição do direito e da filosofia mais ligada ao objetivismo, para o que instituiu-se como “A Modernidade”, seja em referência

¹⁶ A catalogação e estudo foi feito para o projeto de estudo “O direito na literatura: a representação dos juizes nas narrativas literárias”, desenvolvido pelo KATHÁRSIS – Centro de Estudos em Direito e Literatura, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da IMED, no biênio 2012/2014, que já resultou na seguinte produção bibliográfica: *Os Modelos de Juiz: ensaio de direito e literatura*, de organização de Lenio Streck e André Karam Trindade.

à filosofia moderna ou o direito moderno, essenciais para a construção do ideário da legitimidade, da validade do poder da jurisdição, mais ainda personificada na figura do juiz.

O cidadão que se depara pela primeira vez com a arquitetura de um prédio do Judiciário fica impressionado com a suntuosidade e a simbologia. O prédio, conhecido por muitos como ‘edifício da justiça’, institui de autoridade e contribui para instituí-la ao juiz. [...] Considerando que o primeiro gesto da justiça é delimitar um lugar, circunscrever um espaço próprio, e posteriormente, buscar uma autoridade fundadora, é possível observar que os símbolos (dentre eles, a toga) fundam, justificam e mantem a autoridade do juiz.

Essa autoridade vem refletir e traduzir-se em simbologia. O símbolo utiliza-se do mito e do rito para fundar-se e manter-se na estrutura do judiciário. Dessa modo, estudar o símbolo, o rito e o mito é um tarefa instigadora. (STRECK e TRINDADE; SPENGLER, 2015, p.118)

Como amostragem, em uma peça de William Shakespeare, outra de Tolstói e outra de Bertolt Brecht, a literatura (em formato de peça de teatro), antecipa uma discussão hermenêutica chave da transição do direito objetivo para o direito moderno – que aliás, perdura até hoje nas discussões sobre o decisionismo judicial e o seu grau de discricionariedade perante normas cuja textura de interpretação permite margem de aplicação diversa. Trata-se das peças “Medida por medida” de Shakespeare, “A morte de Ivan Ilitch” de Tólstoi e “O Círculo de giz caucasiano” de Brecht.

Na peça de Shakespeare, identifica-se dois dos modelos de juiz construídos por François Ost, um juiz Júpiter e um juiz Hércules. Na estória, o personagem Ângelo recebe de seu amigo Duque de Vivêncio o governo. Enquanto governante, prende o jovem Cláudio, sob a acusação de ter fornicado com uma mulher de nome Julieta. Como pena, é condenado à morte, eis que Cláudio aplica objetivamente o código vigente, numa austeridade típica de um juiz Júpiter. Mais diante na peça de Shakespeare, Ângelo, ainda à frente do poder, recebe a súplica de Isabela, irmã do condenado Cláudio, rogando por misericórdia. Como resposta negativa, Ângelo diz

a célebre frase “A lei, não eu, condena o seu irmão” Se fosse meu parente, irmão ou filho, seria o mesmo. Ele morre amanhã”. Isabela, porém, disposta a persuadir Ângelo, insiste. Foi então que o governante percebe que por debaixo das vestes de Isabela, que estava vestida como uma noviça, existia “um belo exemplar da espécie humana”. Foi então que, de súbito, Ângelo propõe à Isabela que “se o amasse em retorno, seu irmão seria poupado”. Por fim, de arauto e escravo da lei e do código, Ângelo transforma-se em senhor da lei, passando a aplicar o que acha justo independente do código, ou seja, vai do extremo do objetivismo para o máximo do subjetivismo, um juiz Hércules. (STRECK e TRINDADE; STRECK, 2015, pp.231-232)

Noutra estória clássica, “A morte de Ivan Ilitch” de Tólstoi, identifica-se o juiz exegeta-dedutivista, que seria o representante clássico do positivismo do século XIX, o juiz “boca da lei”. Retratado na peça russa como um “juiz caxias”, o magistrado é conhecido na obra por criar um método pelo qual pudesse colocar no papel todos os fundamentos legais, excluindo completamente eventuais resquícios de sua opinião pessoal. Seu rigor e formalismo impediam-no até mesmo de manter contato com pessoas que não fossem os oficiais e demais serventuários da justiça.

Já na obra do autor do alemão Bertolt Brecht, O “Círculo de giz caucasiano”, o personagem magistrado Azdak decide como quer, ou melhor, segundo sua consciência e senso de justiça. Numa das mais célebres passagens do clássico da literatura alemã, o juiz Azdak pronuncia uma de suas máximas: “me traga aquele livro grosso, que eu sempre faço de almofada para sentar! [...] Isto aqui é o Código das Leis, e você é testemunha de que eu sempre fiz uso dele (sentando-se sobre o livro)” (BRECHT, 1992, p.271 apud STRECK e TRINDADE; 2015, pp.234).

Portanto, o magistrado Azdak seria um juiz Hércules, um verdadeiro engenheiro social, que prima pelo senso de justiça e confia na sua consciência ao tomar a decisão em prol daquilo que acha ser o certo. Apesar de todos os arquétipos de magistrados serem diferentes entre si nesses clássicos literários, e em tantos outros ao longo dos séculos, o que lhes coincide é a centralidade do poder de decidir, seja para aplicar a lei objetiva ao a sua subjetividade de justiça.

Esse ideário que liga a figura do magistrado à figura do poder no imaginário popular, passa necessariamente por três elementos muito caros à literatura e todas as outras expressões líricas e artísticas: o símbolo, o mito e o rito. Notadamente, a figura do juiz em si não dá conta de representar todos os símbolos do sistema de

direito, pois também se constroem a partir da doutrina, da jurisprudência, da legislação etc. Destarte, esses elementos não se esgotam no simbólico, porém, elas só podem existir socialmente a partir do simbólico e são impossíveis fora de um simbólico. (STRECK, 2008, p. 215)

No primeiro registro, o simbólico, em critério etimológico, designa um objeto dividido em dois, cuja posse de uma das partes possibilitaria o conhecimento do todo. O símbolo pertence ao registro do conhecimento, da experiência e da associação, cuja eficácia independe de maiores domínios da palavrão, da linguagem e da racionalidade sofisticada, portanto, o símbolo possui grau de eficácia, sobretudo aquela ligada ao que comumente se chama de intuição ou de primeira impressão, maior do que a própria linguagem e a palavra falada ou escrita. (GARAPON, 1997, pp.42-43)

Em breve digressão, trazendo rapidamente outra referência interdisciplinar além da Literatura, rememora-se que na psicanálise Lacan também se vale de uma estrutura tríade para pensar algo imagético, o inconsciente. Jacques Lacan estrutura o inconsciente através da linguagem (o significante), e se vale de três registros para elaborar sua densa teoria e método: o real, o simbólico e o imaginário (RSI). Nesse recorte, o simbólico de Lacan também estaria no campo da experiência, porém, seria ele conformado, limitado e condicionado à linguagem. (LACAN, 2005)

Retomando o simbólico na literatura e no imaginário popular, identifica-se como exemplo de registro simbólico da superioridade e impavidez do magistrado a figura da toga nos rituais judiciais. Ainda que nas rotinas dos fóruns essa indumentária não se faz mais muito presente, fato é que quanto mais alto grau e a instância do Tribunal, mais comum se faz a presença da toga. Que dirá então das sessões televisionadas pela TV Justiça do Tribunal mais famoso do país, o Supremo Tribunal Federal? Ali, todos os onze ministros a utilizam impecavelmente, rodeados de mais um dezena de símbolos de suntuosidade e poder.

Em sua origem, as togas pegam emprestado a ritualística dos antigos cultos religiosos, sendo mantidos até hoje apesar do afastamento de elementos confessadamente religiosos no ritual jurídico. O negro da toga busca passar a imagem de imparcialidade, e a forma com que a roupagem envolve quase que por completo o magistrado faz com que nenhum elemento de cor, moda ou outra referência que implicasse em identidade do juiz em suas preferências pessoais fique à mostra, restando uma longa e sumptuosa indumentária preta, despersonalizando

aquele que a veste, sendo ele apenas um juiz, não o dr. José, Pedro, Chico, Manuel, apenas Vossa Excelência. Logo, a toga também protegeria o juiz das coisas mundanas, permitindo que ele se torne “aquele que vê as partes sem ser visto”. (GARAPON, 1997, pp. 86-90)

A simbologia conectada ao juiz empresta-lhe uma autoridade e uma legitimidade mitológicas, caracterizada pela crença em suas decisões e pela atribuição de capacidade e habilidades natas que nem sempre espelham a realidade. Não obstante a falta de certeza de quem está na origem do debate – símbolo ou mito?- impossível discutir essa simbologia sem conectá-la ao mito que gira em torno de sua figura. (STRECK e TRINDADE; SPENGLER, 2015, p.122)

O segundo registro é o mito que, por sua vez, tem a ver com mistérios e lendas contadas ao longo da experiência humana da Terra. Aliás, os mitólogos (ou mitologistas), vem se renovando em suas bases de estudo, pois alguns de seus expoentes modernos também se dedicam ao estudo dos mitos modernos, identificados na figura dos heróis, ou melhor dos super-heróis e de suas jornadas mitológicas. Um tempo pródigo para os fãs de heróis de HQ.

Numa brevíssima lista de filmes em que juízes são retratados, seja como coadjuvantes ou protagonistas, lembro-me de Doze homens e uma sentença (1957, do diretor Sidney Lumet), O homem que fazia chover (1997, do diretor Francis Ford Coppola), Kramer versus Kramer (1979, do diretor Robert Benton), O povo contra Larry Flinch (1996, do diretor Miloš Forman), Advogado do Diabo (1997, do diretor Taylor Hackford), O Juiz (2014, do diretor David Dobkin) e finalmente o recente filme nacional A Menina que Matou os Pais (2021, do diretor Mauricio Eça), em todos os casos o magistrado é retratado como aquele que dá o veredicto, aquele que decide, ainda que o roteiro de alguns busca explorar seus conflitos pessoais, como é o caso de “O Juiz” ou “O povo contra Larry Flinch”, mas perante o tribunal, ao vestir a toga, o juiz era o do imaginário popular: aquele que decide.

Seja para o mitologista mais *geek* e seus estudos dos heróis, ou aqueles mais clássicos e ligados à semiótica das culturas produtoras de mitologia clássica, a narrativa do mito geralmente tende a aparecer quando os elementos da realidade e

da racionalidade se tornam rarefeitos e insuficientes para explicar um fenômeno. Até mesmo como forma de explicar com mais abundância de referências, os mitos são muito presentes na filosofia, eis que essa área do saber sempre flerta com a borda da realidade e daquilo passível de ser explicado pela mera racionalidade conhecida. Mitos como o do Homem Vitruviano de Leonardo da Vinci, o Leviatã de Thomas Hobbes ou mesmo o Mito de Narciso para a psicanálise de Freud são muito frequentes para alcançar referências que a linguagem racional não alcança.

Os mitos possuem basicamente quatro funções: (a) a primeira é mística, os mitos abrem o mundo para a dimensão do mistério, para a consciência do mistério que subjaz em todas as formas; (b) a segunda dimensão é a cosmológica, a dimensão da qual a ciência se ocupa, mostrando qual é a forma do universo, mas fazendo-o de uma tal maneira que o mistério, outra vez, se manifeste; (c) a terceira função é a sociológica, suporte e validação de determinada ordem social. E aqui os mitos variam muito de lugar para lugar; (d) a quarta função é a pedagógica, ensina como viver a vida humana sob qualquer circunstância. (CAMPBELL, 2009, p.32)

Como terceiro e último elemento, existe o ritual. Ele precede até mesmo a existência de juízes, palácios da justiça, toga etc. Para alguns estudiosos do tema, como René Girard e até mesmo Max Weber, o Direito Moderno é um dos sucessores dos rituais religiosos, sejam eles sacros ou pagãos. O rito está no registro da repetição de uma experiência cercada de elementos simbólicos.

Como dito, não é só o rito como expressão tradicional, mas também como termo próprio, sendo ele capturado inclusive pelo Direito e pela Antropologia. Atualmente, o termo empresta seu significado para também aperfeiçoar conjunções como “rito de passagem”, “rito de iniciação” e, no Judiciário, ainda é usado para indicar procedimentos, como o “rito comum”, “rito ordinário”, “rito sumário” etc.

Ao elaborar esses dois elementos contidos no registro do ritual, a repetição e a solidificação de símbolos, percebe-se que uma das funções do ritual judiciário é mobilizar, toas as vezes que for solicitado, os símbolos da justiça. Ele repete sem descanso o momento da fundação do processo, apresentando os símbolos da justiça, do poder, da jurisdição, da força.

Em mais uma breve digressão que toma como referência a Psicanálise, o tema da “repetição” é de altíssima relevância na teoria psicanalítica. Freud, aliás, dedica um texto inteiro para desenvolver e entender como o mecanismo dos atos de “Recordar, repetir elaborar” (1914) se dão, sobretudo quando dispostos em processo de análise perante o psicanalista. Para Freud, o ato de repetir – Freud utiliza a expressão *acts it out*, que seria uma forma de atuação – seria a forma que o sujeito encontra para manter a memória de algo que foi recalcado, isto é, “o sujeito reproduz o que foi recalcado não como lembrança, mas como ação; repete-o, sem, naturalmente, saber que o está repetindo” (FREUD, pp. 161-165).

Ocorre que o ato de repetir para psicanálise tem várias subtramas, e pode tanto ser um construtivo passo dentro de um processo de tratamento psicanalítico, que ajudaria a ampliar a autopercepção do sujeito para então ser capaz de recordar conscientemente o que lhe faz repetir e, em seguida, lhe permitiria elaborar esse autoconhecimento, como também pode se dar como sintoma, uma ação repetitiva que tem a ver com proteção que, em seu exagero, poderia sustentar uma compulsão.

Dessa forma, pensando o ritual pela teoria psicanalítica, compreende-se que a repetição dos rituais judiciais, com o uso repetido dos símbolos, retroalimenta a memória, ainda que sem o saber que está repetindo com esta finalidade. É certo que esses rituais foram sendo permeados pela atualização dos símbolos que os compõem, seja para adequação à cultura ou ao método que se convencionou aplicar ao ato de decidir conflitos. Todavia, ainda estão circunscritos em símbolos como, os Códigos, o processo, os termos e jargões do Direito etc. Entretanto, tem um símbolo que permanece incauto como representante máximo do que seria o Direito para o imaginário popular: o juiz.

Como destinatário e membro representativo do Poder Judiciário, a quem todos os conflitos são transferidos no anseio e na esperança de uma solução imposta, encontra-se o juiz. Figura que recebe a legitimidade da sociedade - e do Estado – como representante dessa soberania jurisdicional, no qual recaem inúmeras simbologias e mitos culturais, sendo ‘transfigurado como ser diferenciado, autoridade incontestável provida de todos os poderes, poupado ao risco de errar e revestido de tonalidade demiúrgica. (NALINI, 2008, p.99)

Para que esse simbologia se perpetue durante tanto tempo, parte da explicação da longevidade e tónus simbólico está no seu enraizamento no imaginário popular – feições ligados à narrativa como a arte, religião, rituais sociais e solenes – e também em sua disseminação feita por diversas fontes, desde as mais ingênuas e periféricas, como anedotas populares, até mesmo as formalidades do ensino jurídico, sobretudo na graduação no curso de Direito que, por sua vez, passou quase duzentos anos¹⁷ ensinando uma fórmula acadêmica que, ao invés do juiz Hermes, aquele que equivaleria ao juiz que lida melhor com o Sistema Multiportas, ensinou a dicotomia entre o juiz Hércules e o juiz Júpiter, centrada na heterocomposição, seja em nome da lei ou em nome da justiça.

Mais ainda, para o senso comum, a noção de acesso à justiça passa necessariamente pelo acesso ao magistrado que, por sua vez, coincide com a sensação de pleno exercício de cidadania. Ou até mesmo uma forma de atingir uma situação privilegiada, significado de poder e até mesmo um acesso elitizado, eis que ascender e ter a oportunidade de estar perante um juiz significaria um super *status* de cidadão.

Enfim, todo esse caldo de cultura desemboca em uma sociedade hipertiligiosa, que devido a um crise de representatividade do Estado numa sociedade hiperconsumista, individualista e neoliberal, busca a validação não só de direitos individuais e patrimoniais, mas também a efetivação de direitos sociais e fundamentais previstas na Constituição de 1988. Sem falar, é claro, no recente fenômeno da judicialização da política, que só faz aumentar as rotas da litigiosidade.

Portanto, a ideia de que todo acesso à justiça só é acesso ou só é justiça quando chega e é processado por um juiz cria um congestionamento gigantesco de litígios que em grande parte possuem alto perfil autocompositivo, isto é, são conflitos que, uma vez trabalhos profissionalmente em procedimentos de conciliação ou mediação poderiam ser findados antes mesmo de chegar ao magistrado que decide.

Em contrapartida, na ânsia de arregimentar novas soluções normativas, administrativas e institucionais para tornar o sistema judiciário mais efetivo e capaz de tratar a crescente conflituosidade que se transforma cada vez mais em litígios

¹⁷ Considerando os primeiros registros de ensino jurídico no Brasil, em 1826/27 nas cidades de São Paulo e Olinda.

judicializados, tanto a legislação processual como as normas regulamentares do CNJ, CSJT e outros órgãos administrativos que organizam o Poder Judiciário, buscaram alternativas, ora coordenadas ora desastradas, embora eivadas de boa-fé. Entretanto, como muito se fala hoje em dia, todas essas mudanças não foram acompanhadas de uma mudança de paradigma, que em resumo teria que aceitar o esvaziamento do protagonismo da heterocomposição, dando lugar a um sistema moderno multiportas, pautado em soluções autocompositivas e técnicas que admitissem outros atores, os auxiliares da justiça.

O cenário de judicialização dos conflitos mostra, portanto, uma estrutura estatal despreparada, recebendo ‘novos litígios’ com estrutura e instrumentos processuais inadequados ou incompatíveis com a realidade social, produtora de conflitos e em grande escala, seja qualitativamente, seja quantitativamente [...] E mesmo com as diversas tentativas de contenção da litigiosidade, as medidas pelo poder público nos últimos dez anos [...] não confirmam as expectativas sobre elas depositadas. (SANTOS, 2016, pp.38-39)

E sobre a reação das associações pública ou privadas que representam ainda a classe da magistratura, como se viu nos primeiros capítulos sobre a juridificação da autocomposição, desde a definição do currículo obrigatório para a formação do mediador judicial até mesmo o poder credenciador e fiscalizador das escolas aptas a ensinarem e formarem novos mediadores no Brasil, delas se vê um movimento que, diante de uma proposta copernicana, isto é, contraparamigmática, que certamente envolve uma desconcentração do protagonismo da heterocomposição e seu simbolismo no rito da jurisdição e na figura do juiz, age por repetição e autopreservação, recorrendo ao reforço dos mitos, símbolos e ritos que o consagraram como representante máximo do Direito.

Como não poderia ser diferente, essa perceptível conduta reiterada da magistratura se torna matéria prima na criatividade literária. Um dos autores que melhor traduziu essa paixão pela conservação do poder de ter que decidir foi Aristófanes, na obra “As vespas, as aves, as rãs”, peça de teatro grega de 422 a.C:

[...] é possível observar que existem magistrados que, imbuídos e submersos na doença de Filoclêon¹⁸, tão bem retratada na obra “As vespas, as aves, as rãs” (peça de teatro grega de autoria de Aristófanes, estreada 422 a.C.), resistem a todas as novas estratégias de tratar conflitos imaginando que ninguém, nenhum outro ‘ser mortal’ poderá alcançar aquilo que somente eles, juízes, sabem fazer: decidir sobre os conflitos sociais (nem mesmo os próprios conflitantes – os ‘donos’ do conflito!!). De certa maneira, tal posicionamento reflete o medo de perder a prerrogativa de ‘decidir’ os conflitos, a insegurança pela possível transferência da ‘legitimação mitológica’ do seu tratamento aos propósitos conflitantes e mais, a angústia pela perda de um espaço e de um poder que até então era somente deles (magistrados). (STRECK e TRINDADE; SPENGLER, 2015, p.140)

Contudo, alguns magistrados e algumas magistradas, na ânsia de fazerem acontecer a mudança em suas comarcas, subseções, turmas e plenários, executam com suas próprias mãos a mudança que, dedutivamente, queriam ver no sistema como uma todo. Portanto, não é necessariamente pelo ego ou orgulho que o magistrado-mediador atua em autocomposição, ou mesmo por um receio pueril de perder seu protagonismo e sua força simbólica, muitas vezes a atuação voluntariosa e de boa-fé de juízes enquanto magistrados-mediadores se faz pela crença em um novo sistema, em um novo paradigma. Contudo, ao agir com suas próprias mãos num cenário que talvez não tenha sido pensado para a sua atuação direta não estaria o magistrado-mediador repetindo a trajetória – digo, compulsão - do juiz Hércules?

¹⁸ A referência feita à “doença de Filoclêon” é extraída da obra “As vespas, as aves, as rãs”, peça de teatro grega de autoria de Aristófanes, estreada 422 a.C., traduzida para o português a primeira vez por Mário da Gama Kury. Na peça, o personagem Filoclêon é um fanático por sessões do tribunal. Ele sempre atua como jurado perante os júris da Grécia e é tomado por uma mania judicatória. Para tentar curá-lo dessa doença, seu filho Bdelicléon, tranca-o na sua própria casa. Para livrar Filoclêon de sua prisão domiciliar, seus colegas jurados (componentes do coro) se vestem de vespas e, antes do amanhecer, ajudam-no a sair e chegar à tempo de participar da próxima sessão do Júri. Numa das mais famosas passagens do clássico grego, a doença de Filoclêon é revelada e se torna assunto do diálogo travado entre os seus escravos. Eis o diálogo: “Se vocês estão curiosos por saber, façam silêncio: vou dizer qual é mesmo a doença de meu senhor: é a paixão pelos tribunais. A paixão dele é julgar; ele fica desesperado se não consegue ocupar o primeiro banco dos juízes. A noite ele não goza um instante de sono. [...] esta era sua loucura” (ARISTÓFANES, 2004, pp.7-18)

4.

O espelho: Habermas, Warat e a análise da (im)pertinência do magistrado-mediador nas três esferas de influências

Desde o início do convite feito na inauguração desse trabalho aos caros leitores e leitoras, colocou-se sob a mesa os objetivos gerais e específicos do trabalho. Muitas palavras e referências foram apresentadas até aqui, portanto, já é hora de relembrá-las: Objetivo geral: Investigar a pertinência ou impertinência do magistrado-mediador na condução/participação direta em procedimento de autocomposição no âmbito do Judiciário; Objetivos específicos: investigar as principais características que tornam a figura do magistrado-mediador pertinente ou impertinente quando reage às três esferas de influência, a esfera das partes que medeiam, do microssistema dos meios consensuais de solução de controvérsias e a esfera do próprio magistrado, com ênfase nas hipóteses de tomada de decisão.

Para trilhar esse caminho, sugeriu-se uma jornada que primeiro visitou as referências do mundo da técnica, estudando as normas e estruturas formais da realidade jurídica posta no Brasil, justamente para que se conhecesse a realidade do microssistema da autocomposição nacional, convencionando – metaforicamente – chamar essas referências de “este lado do espelho”. Ao revés, a segunda visita epistemológica desembarcou nas referências ligadas ao imaginário que, ao mesmo tempo é a representação e a base para a representação dos símbolos do magistrado no senso comum popular, trazendo à memória conceitos da mitologia clássica, da literatura e dos simbolismos que fazem parte do que hoje é a figura do juiz, convencionando – novamente por metáfora – chamar essas referências de “aquele lado do espelho”.

Completando a tríade proposta – realidade>>espelho<<simbólico – esse capítulo traz “o espelho” que, num esforço metonímico, se confunde com os referenciais teóricos escolhidos, que juntamente com os arquétipos de François Ost já apresentado no capítulo anterior, estariam presentes na teoria da ação comunicativa e no fenômeno de juridificação de Habermas e na visão transrealista e multidisciplinar de Luis Alberto Warat, com ênfase nas análises waratianas da mediação como processo de humanização e democratização da participação popular. Sem mais tergiversações, vamos a elas:

4.1 Habermas: a teoria da ação comunicativa e a juridificação

Apesar de não terem sido abordados diretamente, os três conceitos que se busca trabalhar de Habermas nesse capítulo já deram as caras ao longo dos capítulos pretéritos. São eles o processo de colonização do mundo da vida pelo mundo do trabalho (da técnica / do formalismo) em sua forma de juridificação, os elementos pré-textuais que influenciam no processo de comunicação entre sujeitos e, por fim, a própria postura do magistrado-mediador diante de um procedimento e autocomposição, em especial em sua tendência ao agir comunicativo teleológico. Assim, vamos por etapas.

4.1.1 A influência da colonização sob a espécie de juridificação

Uma das premissas elementares de um conflito, segundo Habermas, é quando diferentes esferas culturais de valor passam a ocupar ou concorrer a um só tempo os mesmos campos institucionais, portanto, concorreriam também entre si processos de racionalização de tipos diversos, sejam elas antagônicas como cognitivo-instrumental, moral-prática, estética-expressiva ou mesmo ambivalentes e múltiplas, como os as interpretações míticas do mundo ou, mais tardiamente, o politeísmo. (HABERMAS, 2012a, p.429)

Como também já abordado através do Direito e Literatura nas Shakespeare, Tolstói e Brecht, há uma discussão hermenêutica chave da transição do direito objetivo para o direito moderno, sendo que essa passagem em Habermas é muito trabalhada através seu diálogo virtual com Weber – certamente com mais elementos sociais e políticos, como o capitalismo e a religião -, sobre a teoria da racionalização da ação e do agir racional-teleológico (um agir instrumental e um agir estratégico, depois expresso em Habermas), de onde são extraídos elementos sobre o processo de sistematização e validade do direito e das normas jurídicas, inclusive aquelas imperativas para um caso específico – figura da heterocomposição -, análises estas que abordam as características do direito primitivo, do direito tradicional para o do direito moderno e do pós moderno, cujos signos do formalismo, da tradição e da legalidade revelam como a conformidade do direito enquanto norma válida e

legítima interfere ativa e preliminarmente no comportamento do cidadão antes mesmo de adquirir a condição de jurisdicionado.

Apesar de serem assuntos intrínsecos e interdependentes - a questão da colonização do mundo da vida e da teoria da ação comunicativa com foco na diferença entre agir instrumental e agir comunicativo – nesse primeiro tópico o objetivo é demonstrar como o fenômeno da colonização do mundo da vida através da especificação nomeada de juridificação pode contribuir para a compreensão da figura híbrida do magistrado-mediador, ou mesmo para ajudar a mapear as pretensões dos avanços da magistratura em direção à mediação.

Até mesmo invertendo a ordem em que o próprio Habermas concatena sua linha de raciocínio na Teoria do Agir Comunicativo que, primeiro aborda a racionalidade da ação e da comunicação, o estudo de suas intencionalidades instrumentais e comunicativas e só então a compreensão macrossocial destas análises para então elaborar seus conceitos de mundo da vida e mundo do sistema com seus respectivos movimentos de colonização daquele para esse, pensamos aqui abordar primeiro a visão macro para depois buscar os entendimentos na intersubjetividade mais afeita a um diálogo e seus elementos da linguagem e pretensões entre indivíduos, principalmente o entendimento (*Verstandigung*) e o consenso (*Einverständnis*). (SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Apresentação HABERMAS, 2012a, p.XIX) (HABERMAS, 2012b, p.221)

O primeiro ponto é definir em que lugar o Direito está para Habermas, se no mundo da vida ou no mundo do sistema do trabalho. Antecipa-se, está definitivamente situado no mundo do trabalho, da técnica. Mais ainda, Habermas já identificava que o direito moderno é, em grande medida, um direito de juristas, não só em sua aplicação como também em sua racionalização teórica.

Adiante, ao analisar o percurso de desenvolvimento das pretensões e construções de validade e legitimidade instituídas pelo Direito desde o direito tradicional ao direito moderno, Habermas observa a absorção de princípios do direito natural (metajurídicos) – representante indelével do conceito do mundo da vida - pelo Direito formal, e depois mais sofisticadamente pelo Direito moderno, numa espécie de movimento de colonização – ou de juridificação – dos princípios do direito natural, passando eles a serem compreendidos como simplesmente princípios jurídicos, dando a impressão de autonomia e autossuficiência perante as fontes exógenas ao Direito.

Isso só ocorre na transição para o decurso jurídico tradicional, que julga ações à luz de normas jurídicas dadas. Obviamente, essas normas continuam sendo particularistas: ainda não foram alçadas a princípios jurídicos universalistas. Essa realização só se dará pelo direito natural, que supõe que princípios como esses se podem inferir de maneira racional. Com isso, porém, o direito é colocado sobre uma base não apenas calcada em princípios, mas também metajurídica. O direito existente vê-se obrigado a legitimar-se com princípios desse tipo, e caso os contrarie pode e deve ser alterado. [...] A isso se chega no decurso jurídico moderno. Aqui, quase todo direito pode ser considerado estatuído, e contestável, portanto. e por isso sua ‘ancoragem’ é transportada de princípios metajurídicos para princípios jurídicos. Estes conservam um caráter apenas hipotético, e tal coisa é expressão de que o direito se tornou autônomo, embora permaneça ligado concomitantemente a nexos metajurídicos. (HABERMAS, 2012a, pp. 451-452)

Quando pensamos na juridificação do procedimento da autocomposição pela estrutura jurídica formal, sobretudo através de seu símbolo máximo que é o juiz, pensamos que há algo de semelhante ao exemplo de Habermas, quando identifica a integração que o Direito formal, seja ele moderno ou contemporâneo, fez aos elementos metajurídicos, que no caso de Habermas se deu com os princípios do Direito natural, e que para o caso deste estudo entende-se que pode estar se repetindo com os pressupostos da autocomposição. Por isso mesmo, no início desse trabalho empreendeu-se capítulos no sentido de demonstrar que, apesar da realidade brasileira revelar uma massiva presença fática, instrumental e teórica da mediação pelas instituições jurídicas, a autocomposição é em sua origem multi, inter e transdisciplinar, avessa a engessamentos tecnoformatados.

Na construção dos conceitos de mundo da vida e sistema, Habermas analisa os entendimentos e estudos de Émile Durkheim sobre os processos de desarticulação dos processos de trabalho e suas diferentes dimensões de estamentos profissionais e classes econômicas, assim como as linhas de interação social de George Hebert Mead, deixando claro, porém, que tanto Durkheim quanto Mead

pensam os diferentes sistemas da sociedade a partir das perspectivas dos sujeitos que agem e sob quais fontes de inteligibilidade partes as suas ações e intenções.

Essa frente de estudo de Habermas se liga a dois outros pontos, um deles é a sua tentativa de identificar quais os elementos compõem uma “situação ideal de fala”, pressuposto para o segundo ponto, que é propriamente o “agir comunicativo”, cujo objetivo é o real entendimento entre os sujeitos, que em Habermas é pensado não só como teoria linguística, mas também, uma teoria para entender os processos de racionalização na sociedade, sobretudo inserido na vida moderna e na democracia.

Somente a partir do desenvolvimento dos pressupostos do agir comunicativo é que Habermas poderia justificar a grave dificuldade de seu implemento no mundo moderno, sendo que essas dificuldades são impostas por imperativos funcionais e formais, materializados por estímulos de procura pela eficiência/sobrevivência concorrencial em prol de atividades lucrativas ou burocráticas, ou seja, representantes dos substratos do sistema, que neste caso é a economia moderna (mais destacada pelo capitalismo) e pelo Estado, enquanto agente centralizador de poder e burocracias. (CRUZ, 2008, pp-94-95)

Destarte, é necessário esclarecer que o conceito e o estudo de mundo da vida e sistema é uma expressiva parte da obra de Habermas, tendo sido inclusive uma de suas frentes de trabalho que mais contou com atualizações e textos complementares ao longo da vida do autor, como é o caso de “Verdade e Justificação” (1999). O presente trabalho, como dito, tem a intenção de traçar paralelos entre o mecanismo de colonização do mundo da vida e a juridificação da autocomposição. Assim, busca-se um conceito mais objetivo do que seria, para Habermas, o mundo da vida e o sistema para, em seguida, avançar ao processo de juridificação propriamente dito.

O mundo da vida constitui o horizonte de uma práxis do entendimento mútuo, em, que os sujeitos que agem comunicativamente procuram, em conjunto, chegar a um bom termo com seus problemas cotidianos. Os mundos da vida modernos diferenciam-se nos domínios da cultura, da sociedade e da pessoa. A cultura articula-se - segundo os aspectos de validade das questões sobre a verdade, justiça e gosto - nas

esferas da ciência e da técnica, do direito e da moral, da arte e da crítica da arte. As instituições básicas da sociedade (como a família, a Igreja e a ordem jurídica) geraram sistemas funcionais que (como a economia moderna e a administração do Estado) desenvolveram uma vida própria por meio de comunicação próprios (dinheiro e poder administrativo). As estruturas da personalidade, por fim, nascem de processos de sociabilização que equipam as jovens gerações com a faculdade de orientar-se de maneira autônoma num mundo tão complexo. (HABERMAS, 2004, pp.319-320)

Assim, como um exemplo desse processo macro de colonização, Habermas cita campos de expressão não-discursivos, pré-linguísticos, ritualizados e que não se pautam pela técnica normalizadora de seu existir e agir, que são a cultura, a arte o esporte até. Analisando o processos, percebe-se uma espécie de profissionalização dessas expressões artísticas, culturais e esportivas, passando a depender de ligas e associações organizadoras, a depender mais de *marchands* do que de talento, passa a se pautar mais no entretenimento no que a liberdade criativa e crítica, o que, por sua vez, seguindo os exemplos das práxis da economia, passa a ceder espaço a uma reprodução em massa, ditada por uma espécie de norma geral, globalizada. (CRUZ, 2008, pp-106-107)

O que se percebe nesses processos é uma espécie de homogeneização do objeto colonizado que, por sua vez, é colonizado por um agente colonizador também submetido a um processo anterior de normatização e tecnificação, tal qual um procedimento de formatação de um “modelo de negócio” para o modelo de *franchising*, em que um dos passos fundamentais é montar uma “fórmula” que possa ser reproduzível por terceiros e, para tanto, deve conter regras homogêneas, normas regulamentadoras, previsibilidade, formalização dos processos e sobretudo a possibilidade de tecnificar o *know-how*.

Num processo ainda mais específico, estuda-se a juridificação que, em caráter retrospectivo e histórico da Idade Moderna, é percebido e dividido por Habermas em quatro: o primeiro levou ao Estado burguês, por advento do modelos de sistema europeu na época do Absolutismo; o segundo impulsionou o Estado de Direito, tendo como modelo colonizador o sistema alemão do século 19; o terceiro

levou ao Estado democrático de direito, cujo sistema colonizador se deu pelas revoluções francesa e da América do Norte; o quarto e mais recente exemplo de juridificação compreendido por Habermas leva ao que ele denomina Estado de direito democrático e social¹⁹, oriundo de movimentos de trabalhadores europeus no curso do século XX, estatuído e codificado no artigo 10 da Constituição da República Federal da Alemanha. (HABERMAS, 2012b, p.524 apud REESE-SCHÄFER, 2017, pp. 59-60)

A juridificação, apesar de ser processo mais específico da colonização de elementos do mundo da vida pelo sistema não deixa de operar segundo as práticas comuns dos dois grandes sistemas, o poder político do Estado e o modelo econômico, isto é, as marcas da burocratização e à monetarização de áreas centrais do mundo da vida. Dessa forma, assim como no mito do Rei Midas, filho de Górdio – o mesmo do nó Górdio cortado por Alexandre, o Grande – o que aos olhos da população pode parecer uma qualidade, transformar em ouro tudo que toca, na realidade, a lenda conta que a dádiva de Midas era uma verdadeira maldição que, inclusive o fez transformar a própria filha em uma estátua de ouro.

Da mesma forma que a Habermas observou ocorrer com expressões que ele chamava de não-discursivos, pré-linguísticos e ritualizados, tais como a arte e a cultura, campos estes que preterem a normatização dos agires em nome da autenticidade dos sujeitos, o máximo respeito à autonomia criativa e expressiva, não seria forçoso concluir que as expressões autocompositivos guardam um “que” de artesanais, sendo que sujeita-la às regras tecnicistas e formais inerentes a juridificação seria desvirtuá-la de suas necessárias origens e propósitos.

Seria um erro grave pensar em executar mediações em série, de forma mecanizada, como hoje, infelizmente, se faz com as audiências prévias ou de conciliação, nos juizados especiais e na justiça do trabalho.

A mediação é um trabalho artesanal. Cada caso é único. Demanda tempo, estudo, análise aprofundada das questões sob os mais diversos ângulos. O mediador deve se inserir no contexto emocional-psicológico do conflito. Deve buscar os interesses,

¹⁹ O Estado de direito democrático e social contém tanto a garantia de liberdade como também a sua privação, que, de modo algum aparece meramente em efeitos colaterais. Trata-se antes de efeitos negativos que resultam da própria estrutura da juridificação;

por trás das posições externas assumidas, para que possa indicar às partes o possível caminho que elas tanto procuravam. (PINHO, 2010)

Em contrapartida, é importante lembrar que a juridificação não é um processo somente nocivo e pasteurizador de criatividade e autenticidades culturais. Numa das ferramentas pensadas por Habermas para que a ação comunicativa seja realmente aplicável e factível, e não somente uma utopia platônica que exigiria severos pressupostos traduzidos pela “situação ideal de fala”, o autor pensa numa figura denominada de *médium* linguístico comum, que seria justamente um agente que garantisse a ausência de coação externa e interna ao discurso. É bem verdade que Habermas indica o Direito como uma possível ferramenta de ética no discurso e na interlocução entre o sistema e o mundo da vida, porém, a esse respeito não mais desenvolve amplas saídas e subteorias.

4.1.2 O agir instrumental, o estratégico e o comunicativo: elementos pré-linguísticos, pré-textuais e diálogo mediado pelo simbólico

Como dito anteriormente, viu-se a necessidade de inverter a didática de Habermas sobre ação comunicativa e depois mundo da vida e sistemas, visto que o presente trabalho busca primeiro uma visão geral da estrutura jurídica e da estrutura autocompositiva, para só depois analisar seus principais representantes, o magistrado e o mediador, respectivamente e, por fim, observar as esferas de influência da figura híbrida magistrado-mediador.

Pois bem, ultrapassados os pormenores propostos sobre juridificação, o foco agora é a deixar um pouco ao largo a visão macro para então estudar e avaliar a intersubjetividade de um diálogo sob o marco teórico do agir comunicativa de Habermas, sobretudo os seus elementos pré-linguísticos, pré-textuais e interlocutores simbólicos.

Embora não seja propósito deste estudo desenvolver à fundo a própria teoria da ação comunicativa, é bem verdade que os elementos que são trazidos para dialogar com o tema do trabalho pertencem à teoria do agir comunicativo, portanto, indelével a necessidade de compreendê-la o suficiente para avançar, aos seus elementos de “situação ideal de fala” e das questões não necessariamente

linguísticas, e sim simbólicas, embora seja imprescindível registrar que o centro da teoria de Habermas é sim a linguagem.

Para tanto, vai se utilizar de uma hermenêutica macroscópica capaz de examinar no âmbito social os meios de integração social produzidos pela comunicação linguística, incorporando no seu esforço elementos econômico-sociológicos²⁰, pedagógicos²¹, antropológicos²², psicolinguísticos²³, psicanalíticos²⁴, dentro outros.²⁵ (CRUZ, 2008, p.79)

Além da visão macroscópica sob o prisma da linguagem – a racionalização da ação / do agir na sociedade em geral –, como já dito e exclamado, o autor crítico da primeira geração da Escola de Frankfurt também trata da visão intersubjetiva do discurso que ordena os atos de fala entre sujeitos providos de competência comunicativa – problemática da racionalidade da ação entre sujeitos singulares. Em nosso recorte, veremos o âmbito ligado aos sujeitos singulares, chamando-o de visão microscópica.

Para desenvolver essa visão, retoma-se o diálogo virtual de Habermas e Weber sobre a racionalização da ação, sobre as pretensões de legitimidade e de validade de um discurso, com ênfase no Direito – todos inseridos na teoria da modernidade weberiana –, só que dessa vez, aprofunda-se sobre o diagnóstico que Habermas faz dos estudos sobre a teoria da ação, isto é, o que orientaria um discurso e/ou motivaria uma ação na teoria do Estado moderno de Weber, sendo este o ponto de partida habermasiano, pois é daqui que surgem os elementos da racionalidade teleológica, em seguida o agir instrumental e o agir estratégico, para então Habermas apresentar a o agir comunicativo, focado no entendimento, sendo a tônica de superação das patologias da modernidade – burocratização e monetarização como processos de colonização do mundo da vida – rumo a um espaço de diálogo mais horizontalizado e deliberativo.

²⁰ Referências em Durkheim e Luckacs na obra “Desencanto com o capitalismo; em Parsons e Weber com as teorias da modernidade.

²¹ Referência na teoria do construtivismo pedagógico de Piaget e também dos pós piagetianos Henri Wallon e L.S. Vigotskii.

²² Referência em George Herbert Mead com sua concepção dos papéis idealizados, princípio de universalidade e estudos de rituais sagrados.

²³ Referência também em Henri Wallon e L.S. Vigotskii, assim como no da psicologia genética de Lawrence Kohlberg, em sua teoria do aprendizado pelo estruturalismo genético.

²⁴ Referência central em Freud.

²⁵ Com ênfase especial ao multicitado John Langshaw Austin sobretudo em sua divisão dos atos de linguagem em ilocucionários, locucionários e perlocucionários.

Primeiro preciso esclarecer os erros que suponho haver na construção da teoria, para então poder reconstruir o teor sistemático weberiano do presente; [...] Suponho que os erros residam em dois lugares importantes para a estratégia teórica.

Em primeiro lugar rastrearei os impasses na formação de conceitos atinentes à teoria da ação. Eles impedem Weber de investigar a racionalização de sistemas de ação sob outros aspectos que não o aspecto único da racionalidade teleológica [...] Esse problema nos dará ensejo a que, logo após uma análise crítica da teoria weberiana da ação, retornemos ao conceito fundamental do agir comunicativo e demos seguimento ao esclarecimento do conceito de razão comunicativa (Primeira consideração intermediária).

Sem segundo lugar, pretendo demonstrar que não se pode conceber adequadamente a ambiguidade da racionalização do direito dentro dos limites de uma teoria da ação em geral. [...] Esse problema dará ensejo não apenas a que se amplie a abordagem fundada sobre a teoria da ação, na linha do agir comunicativo, mas também a que se vincule essa abordagem a outra, fundada sobre a teoria de sistemas (Segunda consideração intermediária. Somente a integração das duas abordagens fará da teoria do agir comunicativo um fundamento consistente para a teoria social que assuma para si, com perspectivas de êxito, a problemática da racionalização social que Max Weber foi o primeiro a abordar (Consideração final). (HABERMAS, 2012a, pp. 470-471)

Nessa organizada e pedagógica passagem de Habermas, é possível compreender a trajetória que autor pretende trilhar para construir e defender a sua teoria. A “Primeira consideração intermediária”, que em seu livro é o capítulo III do Volume 1 (Agir social atividade teleológica e comunicação) vem desenvolver os estudos sobre as pretensões dos atos de fala, nas intenções e pretensões da ação; A “Segunda consideração intermediária”, que é o capítulo VI do Volume 2 (Mundo da vida e sistema).

Assim, em nosso GPS do referencial teórico, estamos na Primeira consideração intermediária, portanto, já é hora de ver o que é o agir racional-

teleológico, pois só depois veremos o comunicativo, para então, dando dois passos para trás, estudar os elementos pré-linguísticos, pré-textuais e as orientações pelo simbólico. Isso mesmo, para agir com honestidade e sensibilidade metodológica, não seria ético ignorar os conceitos principais de agir racional-teleológico, agir comunicativo, mundo da vida e sistemas para partir direto para o que se pretende nesse estudo.

Dentre o agir racional-teleológico e o agir comunicativo, o que se tem notadamente em comum é a “ação”, portanto, antes de apresentar as distinções, é necessário entender qual a noção de “ação” que Habermas vê em Weber, e decide concordar. Habermas, citando Weber, relata que “ação” para a sua teoria de racionalização é um comportamento humano (seja um atuar exterior ou interior, ou omitir-se ou um condescender) dotado de um sentido subjetivo. Em outras palavras, não basta o comportamento ocasional, e sim um comportamento dotado de intencionalidade consciente, por isso mesmo Habermas deixa claro que um dos pressupostos elementares de sua teoria é a competência linguística, variando então nas intencionalidades – se de convencimento, esclarecimento ou dominação –, nos mecanismos da linguagem usados e, por fim, sob quais símbolos são mediados.

E é sobre as possibilidades de intenções, interesses e objetivos de um interlocutor que Habermas vê a limitação da teoria weberiana, pois Weber não admitia a hipótese de que a intenção entre os sujeitos dotados de competência linguística poderia ser de mero entendimento, livre de intenção de dominação, ou dos interesses de inteligibilidade, verdade, correção (em referência a normas) ou veracidade²⁶, que seria então o agir comunicativo de Habermas. Fora isso, seria o agir racional-teleológico, normativo ou dramaturgico de Weber, subdividido o mais importante deles (o racional-teleológico) em agir instrumental e agir estratégico, que seriam orientados por interesses pessoais dos sujeitos, cunhados por objetivos utilitaristas, valores pessoais ou desejos passionais, tais como a conquista de poder ou a obtenção de riqueza, ou talvez o cumprimento fiel de normas e valores pessoais, ou mesmo a satisfação de paixões e desejos. (HABERMAS, 2012a, pp. 486-487)

²⁶ Habermas primeiro trabalha esses quatro elementos como sendo pretensões de validade daquele que sujeito dotado competência linguística: inteligibilidade, verdade, correção ou veracidade, apesar de em algumas passagens de sua obra se referir as “exatamente três”, pois o critério da inteligibilidade seria um pressuposto anterior à verdade, correção e veracidade. Depois dessas identificações, Habermas apresenta a pretensão de entendimento, ligada ao agir comunicativo.

Dadas essas diferenças sobre a orientação da ação e os objetivos almejados, logo se identifica a divergência entre “orientação pelo êxito VS orientação pelo entendimento”. Já em relação à situação da ação, percebe-se também a diferença entre “contexto social VS contexto não social”, no qual o contexto “social” considera a necessidade de se seguir um conjunto de normas que norteiem o diálogo, como uma espécie de regras do jogo, enquanto o contexto “não social” dispensa essa orientação prévia. Assim, com as duas referências principais, agir comunicativo e agir racional-teleológico, sendo este último dividido em agir instrumental e agir estratégico, Habermas os situa sobre os eixos “orientação” e “situação da ação”:

Quadro 1 - Tipos de ação

Situação da ação \ Orientação da ação	orientação pelo êxito	orientação pelo entendimento
	agir instrumental	—
social	agir estratégico	agir comunicativo

Fonte: HABERMAS, 2012a, p.495

Quanto a agir instrumental, pode-se percebê-lo quando o sujeito utiliza outra pessoa como um instrumento (meio) adequado à realização de um fim, um objetivo pré-intencionado e pessoal, sem que para tanto utilize-se de elementos de sistemas “sociais”, isto é, elementos normativos, dissuasórios ou sancionadores ligados a um sistema que oriente e regule o diálogo. (GALUPPO, 2002 apud CRUZ, 2008, p.90) E, segundo o próprio Habermas, no agir estratégico, o sujeito procura influenciar o comportamento de outro por meio de sanções ou da perspectiva de gratificações a fim de fazer com que a interação continue conforme o primeiro deseja. (HABERMAS, 2012a, pp.495-496)

Dando um exemplo prático de como o agir instrumental utiliza os meios não sociais e como o agir estratégico, por sua vez, os utiliza para atingir um objetivo, o professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, ao tratar sobre o agir racional-teleológico na obra “Habermas e o Direito Brasileiro”, cita que enquanto no agir instrumental

o indivíduo convence um outro indivíduo a acionar o interruptor da sala em que ambos se encontram, o sujeito do agir estratégico se elogia seu superior tão-somente para obter uma promoção. Isto é, “enquanto o agir instrumental se vale de utensílios para alcançar um controle mais eficiente do meio circundante, o outro – o agir estratégico – pauta-se pela escolha racional de preferências em um processo de adequação de meios a certos fins. (CRUZ, 2008, p.92)

De outra parte, falo ainda de ações comunicativas quando os planos de ação dos atores envolvidos são coordenados não por meio de cálculos egocêntricos do êxito que se quer obter, mas por meio de atos de entendimento. No agir comunicativo os participantes não se orientam em primeira linha pelo êxito de si mesmos; perseguem seus fins individuais sob a condição de que sejam capazes de conciliar seus diversos planos de ação com base em definições comuns sobre a situação vivida faz-se um componente essencial das exigências interpretativas necessárias ao agir comunicativo. (HABERMAS, 2012a, p.496)

Portanto, é importante compreender que o agir comunicativo, apesar de depender de elementos criteriosos de “situação ideal de fala”, assim como pretensões honestas e inteligíveis de entendimento, em busca de um consenso verdadeiro, no qual a solidariedade é condição indispensável, mesmo assim ela não é obra de ficção ou utopia platônica. Aliás, esse é um grande esforço de Habermas, que tenta a todo momento desromantizar os pressupostos da situação ideal de fala ou da pretensão de entendimento, demonstrando que a ação comunicativa pode sim ser um mecanismo de integração social eficaz. É justamente nesse esforço é que Habermas saca de sua manga os dois elementos perquiridos nesse trabalho: os elementos pré-linguísticos, pré-textuais, pré-comunicativos e as orientações pelo simbólico.

Destarte, por que encerrar os esforços e buscar estudar apenas as intencionalidades que orientariam as agires do magistrado-mediador quando atua em procedimento de autocomposição? Bom, é certo que alguns recortes seriam possíveis, porém, entende que o estudo ficaria num suposicionismo muito agudo, na medida em que seria necessário deduzir quais intencionalidades teria o

magistrado-mediador ou, caso fossem colhidas entrevistas de casos reais de magistrados-mediadores, o controle e fidedignidade das respostas poderia gerar ao magistrado uma contradição ética auspiciosa, já que confessar pretensões instrumentais ou estratégicas, ou mesmo de interesses pessoais, ainda que “em nome da lei” ou “em nome do acordo”, poderia prejudicar sua atuação enquanto juiz que decide, na medida em que seria exigível confessar-se como suspeito para julgar a causa.

Portanto, avança-se sobre os elementos que não dependem da confissão do magistrado, afinal as influências da comunicação não se resumem à comunicação expressa, aquela trivial da fala ou da escrita, elas já estariam contidas no próprio sujeito, e até mesmo falam por si, eis que são anteriores ao discurso ou mesmo à comunicação falada ou escrita, são eles os símbolos e as influências psicológicas, que alguns estudam mais à fundo pela neurociência, mas que neste momento será tida pelo simbólico das posições e papéis sociais que os sujeitos que comunicam ocupam, e sob quais símbolos não mediados numa determinada relação intersubjetiva. (SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Apresentação HABERMAS, J, 2012, p.IX).

Novamente a partir dos estudos da religião, em Kant e em Max Weber, mas especialmente em Durkheim e Mead em relação à absorção e ressignificação dos rituais e valores sagrados na sociedade moderna e sua construção de moral e princípios, sobretudo quando pretendem alicerçar os sistemas que dependam de validação de poder e legitimidade, Habermas estuda a “interação mediada por símbolos”, e como esses símbolos pressionam decisões instintivas do sujeito, ou, em outras palavras, como orientam o que comumente chamamos de intuição, ou mesmo de primeira impressão.

[...] no próprio nível de interação mediada por símbolos, a coordenação da ação permanece embutida numa regulação do comportamento que funciona de modo pré-linguístico, apoiada, em última instância, em resíduos instintivos. A força de ligação dos atos comunicativos realizados com meios simbólicos – a qual conecta as ações dos participantes da interação – será tanto menor quanto maior for o destaque dado ao desenvolvimento cognitivo e à atitude objetivadora dos atores em relação a um mundo de

objetos perceptíveis e manipuláveis. À medida que se forma uma percepção dos objetos e um agir teleológico, acontece diferenciação linguística, uma vez que a linguagem por sinais assume uma configuração proposicional que dará lugar, mais tarde, à forma explícita de proposições intencionais e categóricas. (HABERMAS, 2012b, pp.100-101)

Foi justamente por essa ligação entre sagrado, ritual, símbolo e efeito instintivo é que o presente trabalho cuidou de antecipar a intrínseca relação entre os rituais do judiciário e os rituais do sagrado, tendo como figura máxima dessa pressuposição de elevação moral e saber técnico acima da média o magistrado, circundado de símbolos imponentes que vão desde a arquitetura do prédio do fórum, a toga até mesmo a diagramação de uma sala de audiência e os pronomes de tratamento dispensados ao juiz.

Nesse ínterim, estuda-se qual o grau de interferência desses símbolos que compõe a figura de uma pessoa, como se gerassem uma expectativa de comportamento atribuído àquele sujeito confundido com seus símbolos. E nesse processo, a partir de Durkheim e Mead enxerga-se os processos de individualização do sujeito para além de seus símbolos. Em outras palavras, as intuições da primeira impressão situam-se numa etapa pré-linguística, sendo que somente a partir das ações comunicativas assumidas pelos falantes e ouvintes será possível o afastamento da impressão dos primeiros símbolos.

Isso porque, como bem assevera Durkheim, “o objeto sagrado nos instila respeito ou algo parecido com o medo [...] ao mesmo tempo, porém, é objeto de amor e de desejo” (DURKHEIM, 1967, pp. 99-125 apud HABERMAS, 2012b, p.93) Ou seja, ele influencia pulsões inafastáveis do ser humano, algo que nos acompanha atavicamente. Que faz parte do substrato que usamos sempre no processo psicopedagógico de aprendizagem ou de racionalização do mundo externo, sobretudo quando essa externalidade é notoriamente ritualístico, mitológico em nosso imaginário. Habermas, interpretando Durkheim, conclui então a respeito que “[...] o sagrado estabiliza a ambivalência característica dos sentimentos da obrigação moral.” (HABERMAS, 2012b, pp93)

Todos os objetos sagrados compartilham desse *status* simbólico, quer se trate de bandeiras, de emblemas, de ornamento, de tatuagens, de enfeites, de cópias, de ídolos, de objetos naturais ou de eventos. [...] Tal formulação apareceu num artigo interessante, em que Durkheim reveste sua teoria da consciência coletiva com uma teoria das formas simbólicas [...] E as coisas que desempenham tal papel participam necessariamente das mesmas sensações provocadas pelos estados espirituais que elas representam e de certa forma materializam. ((DURKHEIM apud HABERMAS, 2012b, pp.96-97)

Bom, Habermas afunila ainda mais esse paralelismo entre religião e Direito, dando exemplos do que ele acredito ser uma espécie de equivalência de rituais ou estruturas simbólicas do Direito moderno com a religião secular. A noção de delito, de crime, por exemplo, é comparada a noção de sacrilégio, que seria o mesmo que tocar o intocável, cometer um pecado tendo como consequência a profanação do sagrado. A pena seria o equivalente ao castigo, a penitência, imposta como forma de recompor a ordem sagrada corrompida. No direito civil, essa ideia de recomposição da ordem sagrada é ligada aos prejuízos causados à propriedade privada, portanto, a responsabilidade civil também seria o equivalente à penitência. (HABERMAS, 2012b, pp.142-144)

Apesar de não se referir diretamente à figura do juiz, façamos nós o exercício de equivalência: o magistrado estaria para os jurisdicionados e para a estrutura jurídica formal assim o sacerdote está para os fiéis e a sua estrutura religiosa sagrada, sobretudo em relação ao poder de sua palavra e a inquestionabilidade de seus saberes para os que o acessam.

Por fim, ainda sobre um conceito anterior aos atos de fala, mais precisamente à sua modalidade de discurso, portanto, anterior até às intencionalidades ou estratégias conscientes do falante e do ouvinte, está uma abordagem extensa e muitas vezes revisitada por Habermas, que é a situação ideal de fala. Segundo o autor alemão, somente a partir da checagem da existência de alguns pré-condições, num nível desejável – que não tenha pretensão utópica de perfectibilidade, pois o próprio teórico reconhece falibilidade na coleção de pressupostos -, ligados aos sujeitos que dialogam, aos lugares que ocupam, o grau

de acessibilidade aos símbolos que medeiam o diálogo e aos propósitos de cada um dos sujeitos é que se poderia reconhecer o agir comunicativo, voltado honestamente e sem coação para o entendimento (*Verstandingung*) e o consenso (*Einverständnis*).

Nesse contexto, essas pré-condições, resumida e objetivamente são: a simetria de posições e a igualdade na oportunidade de fala; esfera pública; não violência; ilimitação de tempo para se obter o acordo; e, a autenticidade e sinceridade²⁷ na colocação daquilo que se acredita e, ao mesmo tempo, se comprometer a levar o outro (o ouvinte) a uma decisão racionalmente motivada, tudo isso com límpida ausência de coação interna ou externa na execução do discurso. (CRUZ, 2008, p.89)

Portanto, todos os sujeitos do diálogo precisam ter a partir, preliminarmente, de iguais oportunidade de empregar as suas ações comunicativas, tais como o discurso, a réplica e quaisquer intervenções que sejam necessárias, sem pré-limitação de tempo. Por conseguinte, pressupõe-se também a liberdade de dúvidas, interpretações e formulação de justificativas livres que, inclusive, refutem a própria validade das outras versões da verdade. Também sobre igualdade preliminar, é necessário que o contexto simbólico do sujeito falante seja transparente e revele de fato a sua natureza interior, isto é, que as representatividades se equivalham.

Por fim, mas talvez o ponto que mais forneça elementos interpretativos para a figura do magistrado-mediador, seja o pressuposto que indique que entre os sujeitos, sejam eles ouvintes, falantes, facilitadores, intermediários, *médium* linguístico ou normativo, haja a mesma oportunidade e poder de exercer fala reguladora, isto é, que tenham as mesmas condições e alcance de proibir, opor, permitir, impugnar, retirar-se, exigir contrapartida ou esclarecimentos Ou seja, que os poderes reguladores sejam equitativos e recíprocos, do contrário, qualquer desnível de ingerência sobre o outro poderá ser entendido como coação, ainda que não exercida na prática.

Ademais, outras matérias-primas como a equivalência de atos regulares, transparência do contexto de fala e ausência de coação simbólica serão tratados nos capítulos seguintes, iniciando-se pelos rebeldes pensamentos de Warat.

²⁷ O requisito da sinceridade não deve ser confundido com ingenuidade ou idealismo. No contexto discursivo permite a distinção entre duas formas de condução em uma comunicação: o agir comunicativo orientado pela procura de um entendimento que preenchesse as expectativas recíprocas de comportamento e, de outro lado, o agir racional-teleológico, que se divide entre o agir instrumental e o agir estratégico (CRUZ, 2008, p.90)

4.2 Warat: transdisciplinariedade, senso comum, rebeldia ao normativismo e mediação como instrumento de emancipação social

Desde que ultrapassamos os estudos sobre a realidade do lado de cá do espelho, aquela ligada à rudeza das normas e os instrumentos tecnoformalistas que compõem o microssistema da autocomposição para o Judiciário brasileiro, passamos a cuidar dos símbolos e dos mitos que formam o imaginário popular, o inconsciente coletivo, a imagem universalizada, a mediação por símbolos, enfim, tantos nomes ao longo das teorias, tudo para buscar sentido no que chamamos de senso comum.

Ressalvas desde já precisam ser colocadas sobre a eleição de Luis Alberto Warat como referencial teórico: a sua escolha, primeiramente, é fruto de um processo irresistível de sedução, marca muito proeminente deste autor altamente sedutor em sua escrita e em sua obra; segundo, a pretensão não é necessariamente utilizar o seu legado epistemológico crítico propriamente dito, nem no seu surrealismo ao tratar da Teoria do Direito; as pretorianas bases waratianas servem para o trabalho como uma ponte entre a visão macro da sociedade e das características da comunicação e simbolismos de Habermas para o microssistema da autocomposição e, evidentemente, o convite irrecusável a uma visão dionisíaca do imaginário waratiano voltada aqui para o objeto de estudo, permitindo a ousadia de tratar de saberes extrajurídicos ou metajurídicos, sem que isso seja um adultério científico, portanto, abraça-se a transdisciplinariedade.

Assim, reconhece-se a inquieta, mutante e dialética personalidade do autor e, por que não dizer, a sua natureza indomável. (WARAT, Introdução. In MONRARDO, 200, p.11) Todavia, as ferramentas que utiliza para pensar criticamente a realidade, ampliando as fronteiras das pesquisas jurídicas para além da normatividade e bases epistemológicas rígidas – aqui se insere a interessante expressão carnavalização utilizada por Warat e também do poliamor epistemológico (CAVALLAZZI; ASSIS, 2017) -, sobretudo quando pensadas para a mediação.

Portanto, não se busca reproduzir Warat como fonte de certezas, busca-se, ao revés, associar-se à Warat para transbordar os conceitos tradicionais e caçar mitos, dogmas, encarar obviedades e ousar problematizá-las.

4.2.1 Mediação como ferramenta de transformação e emancipação social e a rebeldia ao normativismo tradicional

Em homenagem à Warat, desde já é necessário honrar algumas de suas agudas colocações sobre mediação que a muito se distanciam do tom imparcial que até agora vem sendo tentado neste estudo. Para Warat a diferença entre mediação, conciliação e negociação são muito importantes e significativas, ainda que todas estejam habitando o espaço da autocomposição. O objeto afetivo do estudo de Warat é a mediação. Destarte, ainda que reconheça a mediação aplicada e inserida no campo do Direito, Warat é categórico acerca do transbordo da mediação para a psicanálise, pedagogia, nos conflitos policiais, familiares, de vizinhança, institucionais e comunitários sem vários tipos. (WARAT, 2018, p.17)

Para começar a ponte entre a abordagem macro de Habermas para a visão que caminha para a mediação a partir da identificação de um mecanismo emancipatório das autonomias individuais, portanto, uma ferramenta de fortalecimento da democracia e das relações horizontais. Em suma, Warat defende que a mediação é um desses principais mecanismos de pacificação social no Estado Democrático de Direito – segundo o termo usado pelo autor: a transmodernidade - e também um meio de humanizar os conflitos, a partir de um processo ecológico transformador dos conflitos.

Quando falo da mediação como proposta vinculada à ecologia política, estou tentando fazer referência a uma possibilidade de transformação dos conflitos que apontem, mais que à decisão, a uma melhor qualidade de vida das partes envolvidas. [...]

De um modo geral, a mediação pode ser vista como um componente estruturante da visão ecológica do mundo, um componente estrutural do paradigma político jurídico da transmodernidade. É importante considerar que as práticas da mediação configuram-se em um instrumento de realização da autonomia, da democracia e da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados por um conflito. (WARAT, 2018, p.18)

E, não adiantaria de nada apostar numa prática que visa o fortalecimento da autonomia das pessoas e no respeito às suas subjetividades sem que se confiasse que essas mesmas pessoas detêm em si a capacidade de autodeterminação, assim como carregam consigo a capacidade de, diante de um conflito com um alguém que

pensa diferente, seja capaz de agir de forma ética no reconhecimento dessas diferenças e na construção de consensos com o seu adverso.

Aqui, consigo reconhecer um traço de semelhança entre Warat e Habermas, eis que ambos defendem que as pessoas têm a capacidade de autodeterminação, e que são competentes para agir de forma sincera, transparente e responsável perante conflitos com os outros. Ademais, se ainda assim existir aparente desníveis entre as partes em controvérsia, ou mesmo necessidade de facilitação na garantia do mesmo espaço e poder de fala dentro seus respectivos discursos, então vê-se a figura de um terceiro imparcial – e neutro – nessa mediação, ainda que para Habermas esse terceiro – *médium* - não seja necessariamente uma pessoa.

Essa aposta na autonomia não deve ser confundida com uma visão ingênua de crença na pureza do ser humano em conflito. Não mesmo. Talvez, seja justamente o contrário em Warat, já que é justamente na afirmação de incompletude, de falibilidade das condutas humanas é que Warat enxerga a possibilidade de cada um reconhecer e tomar para si suas próprias responsabilidades, numa conduta paulatina e pedagógica, mas que pretende uma mudança de paradigma, diz-se do *status quo* da característica paternal e heterocompositiva do Judiciário, para uma característica criativa e mais ecológica na apresentação de soluções a um conflito.

Uma breve digressão, para não confundir-se o termo “ecologia” usado constantemente por Warat com a noção de ecologia como um ramo do direito positivo, mais afeito ao Direito Ambiental. Quando Warat usa esse termo como caracterizador de um processo, tal como ecologia política, Direito ecológico, mediação ecológica etc. O autor o faz a partir das características que originariamente tentou se atribuir ao Direito Ecológico propriamente dito, eis que nele estariam contidas tentativas de superação de velhas prescrições do Direito tradicional, com o um propósito que não é tutelar um patrimônio ou um direito individual, e sim de um bem jurídico transindividual. Portanto, usar o termo “ecologia” como critério qualificador de um processo é o mesmo que pensá-lo como novas propostas para novos problemas de um velho sistema que já não dá conta de dar as respostas aos novos e complexos problemas da transmodernidade.

As questões ecológicas envolvem novos tipos de problemas jurídicos que não podem, nem à ‘tapa’, serem resolvidos pela velha e tradicional mentalidade jurídica. A ecologia semeia novos conceitos, que exigem, no mínimo, uma referência inexcusável à invenção jurídica.[...] Falar de Ecologia do Direito implica fazer referência a uma nova visão de mundo aplicável ao âmbito do Direito. Estaríamos falando da ecologização do pensamento jurídico: uma nova forma de pensar todos os âmbitos ou ramos do Direito, a partir de uma visão ecologizada do mundo. (WARAT, 2018, p.22)

Usando o motivo da digressão sobre o raciocínio de ecologização dos ramos do Direito, por que não ousar ecologizar um dos ramos mais formais e inflexíveis dele? Pois bem, para Warat não há constrangimentos hermenêuticos ou normativistas. Warat crava: “poderíamos falar também de um novo paradigma processual; ecoprocessualismo: uma visão ecologizada dos procedimentos para a administração da justiça e da hermenêutica do Direito. A resposta vertebral do ecoprocessualismo é a mediação.” (WARAT, 2018, p.23)

A partir daqui, já caminhamos para a rebeldia ao normativismo tradicional do Direito apontada com uma mão, já tendo na outra mão a proposta emancipatória e ecológica da mediação. E aqui não tem essa de não deixar a mão direita saber o que faz a esquerda, tudo é feito às claras, inclusive a identificação da figura do juiz como o maior representante desse formato normativo clássico que, por sua vez, coleciona as características do formalismo, do normativismo, da heterocomposição, do paternalismo, inflexibilidade procedimental e tantos outros elementos do tradicional, ainda que transmoderno.

Para Warat, o juiz do Direito tradicional decide a partir do senso comum teórico dos juristas, a partir do imaginário da magistratura, sendo que esse lugar de decisão não considera a centralidade e o protagonismo da autonomia das partes, nem a atemporalidade do conflito. (WARAT, 2018, p. 23) Metaforicamente falando, o juiz julga uma causa baseada numa fotografia do conflito, que consiste no universo das provas e versões contidas nos autos, afinal, precisa cumprir a máxima jurídica do “*Quod non est in actis non est in mundo*” (o que não está nos autos não está no mundo), enquanto a mediação desejável é filme, não fotografia.

Ela admite uma construção de consensos de forma não linear, flexível e aceita – e até mesmo espera – a transformação das versões e posturas das partes.

Ainda sobre fluidez e adaptabilidade da mediação, entende-se que os termos só são factíveis e acessíveis através do afastamento do normativismo tradicional, são duas forças inversamente proporcionais, já que quanto mais normativismo menos liberdade para a mediação – em sua dimensão teleológica, evidentemente – e quanto mais liberdade para a flexibilidade do procedimento e mais protagonismo das partes, menos previsibilidade normativa, segurança jurídica desejável ao processo contencioso e, por fim, menos poder heterocompositivo do magistrado.

Bom, se são inversamente proporcionais são como duas substâncias que não se misturam, portanto têm a qualidade imiscível, logo incompatíveis e impertinentes entre si. Agora, isso é sobre os procedimentos, não sobre os seus máximos representantes, o mediador e o magistrado. Adianta-se que Warat não fala exatamente sobre a figura do magistrado-mediador, porém, nem precisava, eis que tece contundentes reprimendas ao advogado-mediador, ou seja, ele vê impertinência até mesmo numa figura menos mítica que o magistrado. Warat toca nesse assunto no texto “Ecologia, Psicanálise e Mediação”, quando comenta criticamente os inconvenientes da lei de mediação obrigatória na Argentina, seu país de origem.

Deficiências de uma lei e de sua implementação operacional pelo conjunto da classe de advogados, que não podem se desprender dos velhos vícios de seu ofício e das práticas quando se colocam no papel de mediador. É muito difícil ser advogado se horas por dia e mediador em uma hora deste mesmo dia. Desta maneira, contaminam a mediação com um imaginário derivado do juridicismo, improdutivo e inoperante, resultado do que eu chamo de outro lado do ofício de mediador: o advogado que todo mediador é e não consegue reprimir.

Nesse caso, quando Pedro (Warat) fala de Paulo (advogados como mediadores), não só sei mais de Pedro do que de Paulo como também consigo saber o que Pedro pensava de outros Paulo's (magistrado-mediador), afinal, todas as imputações e percepções que Warat faz do advogado que dificilmente consegue

“virar a chave” do seu agir natural de advogado para a conduta contraparádigmática de mediador servem, por assim dizer, tanto ou até mais para o magistrado. Aliás, Warat até mesmo chega a dizer que as mediações conduzidas nesses termos se aproximariam muito mais de uma conciliação, lembrando que os critérios ecológicos da autocomposição, para Warat, estão muito mais na mediação.

Todavia, se fala muito sobre as diferenças propedêuticas entre a atuação de juízes/árbitros, de negociadores e de terceiros conciliadores que intervêm com intuítos “acordistas”, em contrapartida, os mediadores atuam sem qualquer poder decisório, unicamente para a reconstrução simbólica das diferenças em conflito. Chega a definir que “o juiz ou árbitro ocupam um lugar de poder, o mediador, ao contrário, ocupa um lugar de amor”. E de forma ainda mais categórica, conclui que: “o Direito decide, negocia, concilia litígios nos conflitos.. Penso que os litígios (a forma redutora dos conflitos) não podem ser submetidos à mediação (WARAT. 2018, pp. 20-21; 41)

De forma direta, porém, se posicionaram teóricos e professores quando o fenômeno da mediação feita por juízes teve uma crescente no Canadá. No artigo *Mediation by Judges: A New Phenomenon in the Transformation of Justice* (Mediação por Juízes: Um Novo Fenômeno na Transformação da Justiça) os autores Louise Otis e Erich Reiter afirmam que a posição do magistrado-mediador pode “prejudicar a credibilidade da eventual futura resolução heterocompositiva que seja obrigado a adotar”. Na verdade, nas palavras dos autores:

Apesar de o juiz-mediador não falar ‘judicialmente’ durante a sessão de mediação, a posição do juiz na sociedade é tal que é difícil para as partes fazer tal distinção e, conseqüentemente, as partes podem fácil — e compreensivelmente — interpretar mal o que o juiz diz durante a mediação como a posição definitiva do tribunal sobre a questão. (LOUISE OTIS e ERIC H. REITER, 2006, pp. 369-370)

Faz muito essas ponderações a respeito do poder simbólico que o magistrado exerce sobre as pessoas em geral, sobretudo quando performa no seu ambiente sacralizado, isto é, ritualizado, que é o fórum. Retomando uma passagem de Warat e sua sempre busca pela multi e transdisciplinariedade, o autor faz uma comparação

muito inspirada que é comparar a atuação do mediador, como a atuação de um terapeuta, já que é colocado para as partes em mediação num lugar de transferência e contratransferência²⁸, que são dois movimentos identificatórios da epistemologia da Psicanálise, imprescindíveis no processo e evolução de uma análise. (WARAT. 2018, p. 415)

Aliás, a abundância de associações transdisciplinares são um marco em Warat, pois projeto a mediação no campo da pedagogia²⁹, da Psicanálise, nos conflitos policiais³⁰, familiares³¹, de vizinhança³², institucionais e comunitários³³ e tantos outros possíveis cenários. Lembrando que Warat dizia isso antes dos anos 2000. Seguramente, numa visão premonitória e, por esses e por outros atributos, provocava a erotização – como conceito técnico da psicologia e psicanálise – dos seus objetos de estudo, porém, cobrava somente a coragem para não reproduzir um senso comum, mais especificamente, o “sendo comum dos juristas”.

4.2.2 Os diferentes sentidos comuns e o banquete das metáforas

Durante multicitadas passagens em diferentes capítulos se expôs aquele que seria um dos principais elementos reveladores da pesquisa em curso: o senso comum. Sendo que ao longo de diferenciais referenciais teóricos, dotados de seus

²⁸ Em psicanálise, a transferência é “um processo constitutivo do tratamento psicanalítico mediante o qual os desejos inconscientes do analisando concernentes a objetos externos passam a se repetir, no âmbito da relação analítica, na pessoa do analista, colocado na posição desses diversos objetos”. Noutro lado, a contratransferência é compreendida como o “conjunto das reações inconscientes do analista à pessoa do analisando e, mais particularmente, à transferência deste.”

²⁹ Aliás, hoje já existe uma forte especialização de mediação escolar, tendo como uma das instituições que mais se destacam nessa área o Ministério Público. Novamente um ente juridicizado.

³⁰ Em 2017, a TJSP e o Governo de São Paulo, através da sua Polícia Militar firmaram acordo para a criação de uma tropa de policiais especializados em mediação, pensados para conflitos não armados, ou para mediar desocupações e outras operações não ofensivas. O principal ente formador destes policiais foi a Escola Paulista da Magistratura.

³¹ Os CEJUSCs dos fóruns estaduais, cada dia mais, vêm celebrando acordos de atuação em cooperação com Delegacias especializadas em violência contra mulher, Conselho Tutelar, Casa da Mulher, CRAS, Casas terapêuticas etc.

³² No ano de 2021, uma das especializações em mediação que mais cresceu no Brasil foi a denominada: mediação condominial, afinal, como a maioria dos anúncios desses cursos empregam, os condomínios se tornaram verdadeiras empresas e mini cidades. Ou seja, numa lógica economicista e burocratizada – pelos conceitos de sistema de Habermas -, apresenta-se a mediação especializada.

³³ Dois destaques sobre mediação comunitária ficam para os Núcleos vinculados a Universidades Federais e Estaduais, em que muitas delas, tendo como exemplo mais próximo o da UFJF, se dedicam à receber mediações de conflitos comunitários. O segundo destaque fica para a parceria entre Arquidiocese do Rio de Janeiro e o TJRJ, para fornecer treinamento e qualificação de agentes comunitários para o atendimento a pessoas em busca de solucionar conflitos no ano de 2018.

próprios estilos linguísticos e onomásticas, descobrimos que muito do senso comum popular também pode ser capturado quando falamos de inconsciente compartilhado, intuição coletiva, imaginário popular, imagem sociodemográfica, imagem universalizada, enfim, vários termos. Entretanto, apesar de ser importante reconhecer que o senso comum é um fato, e como fato transforma a realidade, justamente por isso foi objeto de estudo para, a partir dela, verificar as transformações possíveis na intersubjetividade de uma mediação e seus sujeitos, é necessário não parar no senso comum, senão corre-se o risco de encarmos a profundidade de um pires sobre o assunto.

Entrementes, Luis Alberto Warat aparentava ser um ser incomodado com a ideia de repetições não problematizadas, um profundo crítico do senso comum aplicado aos juristas, ou simplesmente: senso comum teórico dos juristas, título de textos seus e textos consecutórios dos seus, a partir de outros autores que buscaram também beber dessa fonte de rebeldia. Um de seus mais expoentes amigos e alunos foi Lenio Streck, que muito bem dimensiona o conceito em seu texto “Senso comum teórico dos juristas:

A expressão “senso comum teórico” vem de Luís Alberto Warat, eminente professor argentino que desvelou as máscaras do “óbvio”, mostrando/denunciando, no âmbito da Teoria do Direito, que as “obviedades, certezas e verdades” transmitidas pela dogmática jurídica não passam de construções retórico-ideológicas. Não que todo o discurso dogmático-jurídico seja ideológico; mas parcela considerável o é, na medida em que se constitui em um espaço simbólico de “retaliações discursivas”, “justificações ad hoc” e “neosofismizações”, dado que o jurista (entendido como aquele que lida com o Direito), quando convém, ignora qualquer possibilidade de as palavras terem DNA. Um dos objetos de sua crítica era a produção de ementários, com pretensões de universalização. (STRECK, 2021)

Ainda sobre o reprovável senso comum teórico dos juristas, Warat os identificava em quatro níveis, ou melhor, identificava quatro funções a ele vinculadas: a primeira é a função normativa, que seria uma espécie de retroalimentação dos juristas para com as normas e estruturas do Direito, isto é,

seria a atribuição de sentido e significado às questões normativas por reprodução sem questionamento; a segunda função é a função ideológica, que seria a homogeneização dos valores sociais e jurídicos, de silenciamento do papel social e histórico do Direito em seu aspecto autocrítico ou de autodesconfiança; a terceira é a função é a retórica, que seria a ação que defende e garante a segunda função partir de teorias retóricas; por fim, tem-se a função política, incumbida de garantir o *status quo* do poder das demais, arregimentando estruturas, normas administrativas e burocracias que garantem a operabilidade das outras engrenagens. (STRECK, 2021)

Contudo, não se almeja seguir com a crítica aprofundada no conceito do sendo comum teórico dos juristas, até mesmo porque ele tem como direcionamento um caminho que visa debater a teoria do Direito, com um pouco mais de perseguição teórica a Kelsen e sua Teoria Pura do Direito. Fala-se de sendo comum em Warat pois o autor percebe que a opção que juristas, ou até mesmo jurisdicionados fazem pelo senso comum, na maior parte das vezes é instintiva, como uma espécie de pensamento de menor resistência, ou uma espécie de segurança que reside no pensamento de manada.

Como Streck desenvolve em seu texto, o senso comum “também pode ser representado pela expressão *habitus*, que significa o conjunto de crenças e práticas que compõem os pré-juízos do jurista, que tornam a sua atividade refém da quotidianidade” (STRECK, 2021). Doravante, essa percepção da incorrência no *habitus*, ainda que desprovida de má fé ou interesse pessoal de vantagem, é entendido como característica negativa, pois o “*habitus* é uma espécie de “casa tomada”, em que o problema de estar-refém-do-*habitus* não se apresenta sequer como (als) um problema- de-estar-refém-do-*habitus*. É o lugar onde a suspensão dos pré-juízos não ocorre, impossibilitando-se a sua confrontação com o horizonte crítico.” (STRECK, 2021)

Bom, uma metáfora para essa incapacidade de perceber-se parte de um processo de inibição de senso crítico sobre o próprio processo que você alimenta e, por conseguinte, de alimenta, ou seja, se reatualimenta, é uma expressão em inglês que é usada por um dos principais nomes da mais renomada escola de negociação do Ocidente, a *Harvard Program on Negotiation*, o William Ury fala sobre uma técnica chamada “*go to the balcony*” (vá para a varanda) que, em síntese, seria uma mudança de perspectiva, isto é, contemplar a o cômodo em que se encontra da

varanda, ou talvez um vista de cima, para que seja então possível ouvir e observar, em vez de reagir e permitir sem maiores racionalizações.

Pois bem, não deve haver constrangimentos em demover o senso comum da intocabilidade dos magistrados, admitir que não são todas as suas atitudes e opiniões que estão em linha com as melhores e mais adequadas práticas pensadas pela teoria moderna. Aliás, um dos modos mais comuns para identificar o senso comum teórico é quando o jurista, seja ele juiz, advogado, promotor etc confunde ações e posturas antipositivistas, não positivistas ou pós-positivistas com qualquer postura que ultrapasse o formalismo jurídico (positivismo clássico).

Pois é, a atitude de um magistrado que, pretensamente renuncia o seu altar da heterocomposição para depurar-se nas técnicas da autocomposição e, quando muito, atuar como magistrado-mediador muitas vezes é visto como fato benéfico em si, como sendo um ato de coragem, de desprendimento. Porém, esse é o senso comum pulsando nas veias populares, ansiosas por encontrarem formas de se colocarem a favor do magistrado, sobretudo quando são imbuídos de ações humanistas e pacificadoras.

Streck, a partir dos conceitos e provocações de Warat, vai ainda mais além. Ele entende que essas “posturas voluntaristas em geral, desde que ultrapassem (ou derrotem) o “juiz boca da lei” acabam recebendo o “selo” pós-positivista no interior do senso comum teórico-jurídico. Trata-se da incorporação da tese vontade supera a razão” (STRECK, 2021)

Apesar de muito sarcástica e ácida, é impossível não lembrar de uma frase cunhada por um dos seres mais irônicos que já passaram pelo Brasil, Millôr Fernandes, que ao capturar um imaginário popular disse que “a coisa mais perigosa que existe no mundo, é uma pessoa incompetente com iniciativa”. Note-se, não se fala de má fé ou incompetência geral, se fala em incompetência mais por inaptidão a algo e, evidentemente, que quanto mais proativo e voluntarioso, o inapto, o inapetente para aquela tarefa acabará produzindo mais estragos do que os tímidos, os inseguros e os coadjuvantes.

Sobre senso comum que transborda o campo do Direito, em sua clássica obra “A crítica da razão indolente”, Boaventura de Sousa Santos, isto é, sobre seu estudo dos sistemas de regulação para então entender as saídas e caminhos para a emancipação, o autor indica seis grandes modalidades de senso comum que circulam em múltiplos espaços da sociedade: espaço doméstico; da produção; no

mercado; na comunidade; no espaço da cidadania e no mundial. (SANTOS, 2009, pp.245-285) Para cada espaço estrutural, existe uma certa unidade de prática social, instituições, dinâmicas de desenvolvimento, formas de poder e de direito e formas epistemológicas, contudo, todas elas padecem de semelhantes comorbidades, ligadas à uma certa apatia da crítica e da rebeldia fundamentada e fundamental.

Assim, esse movimento que autorregula e autolegitima o Direito através de uma certa subserviência ao senso comum teórico dos juristas não deve ser reproduzido no processo de juridificação dos procedimentos de autocomposição, incorrendo nos mesmos vícios, conformismos e, sobretudo, sendo objeto de protagonismo dos mesmos atores do Direito tradicional, os juízes. Afinal, não são tantas e tão dramáticas as diferenças entre esses mundos, Direito tradicional e heterocompositivo e Ecologia do Direito a partir da autocomposição, com ênfase na mediação?

Se não foram suficientes as diferenças até agora elencadas, que então se ofereça um último banquete de metáforas sobre a característica imiscível desses mundos, tal como a célebre frase de O Poderoso Chefão para explicar que amizade e negócio não se misturam: “Amigos e negócios: água e azeite.”. Afinal, para se evitar o senso comum, como ensina Warat, primeiro é preciso dizer e questionar o que é óbvio nas obviedades.

De início, como não poderia ser diferente, os rituais simbólicos da religião, afinal já vimos que a justiça é herdeira do simbolismo dos rituais religiosos, cabendo aos juízes a função de interlocução com o divino. A imagem da justiça, uma deusa mulher com os olhos vendados, transportando em uma de suas mãos o gládio e na outra uma espada, com seus olhos tapados por uma venda, obstando ser profanada pelas imagens do mundo, sacralizando então sua virtude. (GIMENEZ, 2018, p. 31)

Sobre estrutura do Judiciário, física propriamente dita, tem-se a sua arquitetura voluptuosa, e nela, a sala de audiência como um mundo separado dos demais espaços de circulação, um espaço fechado, com a porta sempre fechada, emitindo a mensagem para as eventuais ajudas e suportes não entrarem, pois somente os que ali podem estar são capazes de falar. Afinal, qual estagiário não teve pesadelos com a hipótese de abrir uma porta errada e acabar interrompendo uma audiência? Blasfêmia.

A arquitetura da maior parte das salas de audiência tradicionais ainda possui eixo simétrico, dividindo os espaços de cada um dos personagens do teatro da audiência, no qual o local do juiz é sempre o mais afastado da porta, simbolizando a sua distância ao profano que habita o lado de fora daquele espaço sacralizado. Segundo Antoine Garapon, “este espaço representa o lugar da lei, inacessível a todos, em torno do qual se organizam as transações sociais.” (GARAPON, 1997, p. 40) E sobre o mistério das portas fechadas e das feições de labirinto entre corredores e espaços de segredos, Garapon define que “O Direito, tal como o ritual, só deve conhecer a aparência e ignorar o resto, sem nunca pretender atingir a interioridade dos indivíduos.” (GARAPON, 1997, p.92)

Sobre a cena da audiência, rememora-se Eligio Resta, quando define que a cena é apresentada por atores concretos sublimados nos seus papéis predefinidos, a parit de onde são desenvolvidos os prólogos, estes coordenados por uma espécie epílogo, tendo o Judiciário uma significação para tudo, porém, os vetores e os enredos apontam para o clímax da última palavra: a sentença judicial. O juiz é, portanto, o ator que deve dar termo à lide. (RESTA, 2014, apud GIMENEZ, 2018, p. 33).

Enfim a retroalimentação, quase como um mutualismo – mas bem que para alguns teóricos como Garapon e Warat poderia ser entendido como comensalismos, que é quando só uma das espécies leva vantagem –, já que é inegável que as estruturas sob as quais a sociedade transmoderna se funda necessitam do juiz e o juiz, por sua vez, necessita dela para justificar não só a sua existência, mas também as insígnias e símbolos que carrega. A justiça, igualmente, coloca-se em uma instância simbólica, entre o real e sua representação, entre o poder e sua função, entre o indivíduo e o sujeito de Direito. Assim, antes de ser repressiva ou social, civil ou penal, arbitral ou tutelar, a justiça, é sobretudo, uma instância simbólica. (GIMENEZ, 2018, p. 40). A justiça tradicional é inseparável de sua função simbólica de entregar a cada ator o seu respectivo papel, e dizer a cada um o qual roteiro pode seguir e até mesmo o nível de improvisação que se admite.

Umas das questões que intrigam a figura do magistrado-mediador é entender, antes até de sua (im)pertinência, a sua própria possibilidade/factibilidade, já que para os teóricos que se identificam com a corrente chamada de

transformadora³⁴ essa figura híbrida seria o mesmo que bater o escanteio e correr para a área para cabecear e fazer o gol, e se deixar é até mesmo a pessoa que valida o gol e apita o centro de campo. Parece-me que, para essa corrente, a incongruência é tamanha que beira aquele tipo de obviedade que não precisaria nem ser dita, no entanto, como já ensinou Warat, as obviedades não ditas e não problematizadas viram senso comum.

Certa vez, numa das palestras dadas por um desembargador – notadamente, dentre os palestrantes a maior parte era formada por ministros do STJ, da ativa e aposentados, e desembargadores do TJRJ - no VI Fórum Nacional da Mediação e Conciliação (FONAMEC) que ocorreu no TJRJ, o nobre magistrado – ele próprio, magistrado-mediador, e palestrante de mediação -, ao ser questionado o porquê dos juízes e desembargadores estarem, eles próprios, atuando diretamente em procedimentos autocompositivos, em especial na mediação, a sua resposta foi: “Por que não? Não vejo qualquer norma proibindo. Por que você acha que os juízes não podem mediar?”.

Pois bem, o petulante que fez a pergunta foi eu. Como fui provocado, valho-me desta esmera oportunidade acadêmica para buscar respostas a partir do que o magistrado/desembargador-mediador provocou, assim como acredito que deva ser os debates técnicos e acadêmicos, uma exposição e eventual contraposição de ideias e fundamentos, e não a exuberância de um conflito de egos, textões e insinuações.

Pois bem, quanto ao porque os juízes não podem mediar, essa somente foi a centelha inaugural. Não se trata de um simples “pode, porque norma nenhuma proíbe”, se trata de averiguar os contextos e epistemologias que guias e alicerçam essa pergunta, antes mesmo de apressar-se na resposta, eis que a obviedade pode pregar peças até nos mais astutos.

³⁴ A orientação transformadora vê o conflito como uma das principais forças positivas na construção das relações sociais e na realização da autonomia individual. Num certo sentido, se trata de uma concepção ecológica e também psicanalítica do conflito e, por esse viés, não se pauta pelo acordo e não vê na composição propriamente dita o objetivo da atuação do mediador. A outra corrente que visa o acordo em contraposição à transformadora, é chamada de corrente acordista, mais alinhada à conciliação e à negociação. (WARAT. 2018, p. 415)

6.

Conclusão

Caminhemos ao desfecho, mesmo que ele não pretenda encerrar definitivamente o debate, pois também nem poderia arvorar-se de tamanha pretensão. Para além do desfecho, espera-se sinceramente provocar. Mas não uma provocação do debate pelo debate, irresponsável. Não. Busca-se trilhar caminhos que, em sua marcha, param para olhar para dentro do espelho, para a imagem do espelho, para si mesmo e para a própria moldura do espelho, esperando que a coleção desses recortes e percepções possa servir de fonte gradativa de amadurecimento ao questionamento fulcral: é (im)pertinente o magistrado-mediador?

De igual modo, não se busca um efeito tal qual a figura de pensamento gradação, que propõe um roteiro que enfatiza ideias sucessivas numa sentença de ritmo crescente, tudo para que ao final se busque atingir o clímax. Tampouco se pretende gerar o seu oposto, o anticlímax. Busca-se sim uma coerência com o uso do lirismo, de referências à cultura mais popular à literatura clássica, pretendendo assim uma espécie de epílogo - momento em que se tem a liberdade de enxergar a própria obra, tecendo comentários e revendo as suas texturas.

Começemos então com um *time-lapse*, aquele efeito de fotofilmagem em que aceleramos o vídeo para que as imagens já expostas sejam revisitadas num lapso de tempo, dando um efeito também de voo panorâmico, ou, para usar uma expressão já visitada no estudo, que seja possível um exercício de *going to the balcony* (termo conjugado de *go to the balcony*) para que se permita um outro olhar sobre o mesmo cenário.

A Introdução: momento em que se buscou uma fidelidade descritiva, mas sem o dissabor de *spoilers* indelicados. Ali a intenção foi convidar o leitor e a leitora à estimular-se ao avanço, sabendo, sucintamente, que o objetivo era investigar a pertinência ou a impertinência do magistrado-mediador na condução/participação direta em procedimento de autocomposição no âmbito do Judiciário, sendo que os objetivos específicos se ramificavam em investigar as principais características que tornam a figura do magistrado-mediador pertinente ou impertinente quando reage às três esferas de influência: a esfera das partes que medeiam; do microssistema dos

meios consensuais de solução de controvérsias; e a esfera do próprio magistrado, com ênfase nas hipóteses de tomada de decisão.

Já que a proposta almejava observar três esferas de influência do magistrado-mediador como (ou depois da) atuação, quis o estudo pautar o número três também para as três formas de abordagem do que seria formada essa proposta de ser híbrido: o magistrado-mediador. Para tanto, inspirou-se humildemente na estrutura RSI (real, simbólico e imaginário) da teoria do inconsciente na psicanálise de Lacan e a sua predileção por matemas e outros esquemas de palavras e estruturas.

Assim, propôs-se o esquema realidade>>espelho<<simbólico, no qual a realidade representaria esse nosso lado do espelho, o mundo real do trabalho, da técnica, das leis, estruturas e sistemas, já o simbólico representaria o reflexo daquele lado do espelho, as fontes mitológicas, simbólicas e literárias que formam o senso comum da figura do magistrado e, num último ponto de observação apresentou-se a moldura a as propriedades do espelho, na qual os referenciais teóricos de Habermas – juridificação e pressupostos da ação comunicativa - e Warat noção de senso comum, influência e o peso do simbolismo jurídico e o estudo transdisciplinar da mediação como ferramenta emancipadora.

Sem maiores tergiversações, para cumprir a seriedade científica que se exige do estudo, é necessário dizer que essa não é uma peça de ficção ou de mero senso comum deletério. Como insistia Warat, contra o senso comum teórico dos juristas é melhor problematizar e enfrentar o óbvio a permitir que ele se torne uma lacuna sinistra. Porque o ditado popular já nos ensina: quando se trata de poder, não existe espaço para o vazio. Assim, o primeiro capítulo, deste lado do espelho, a preocupação foi cuidar de apresentar que a lacuna sobre a proibição ou a permissão expressa para a figura do magistrado-mediador não existe na prática. Agora, já no fim, revelou-se que uma das centelhas que motivou a estrutura do estudo sobre o tema, foi justamente a pergunta retórica que um magistrado-mediador deu quando foi por mim provocado a pensar na (im)pertinência à sua atuação direta numa mediação: “Por que não? Não vejo qualquer norma proibindo. Por que você acha que os juízes não podem mediar?”

Segundo o Relatório do Conselho Nacional de Justiça de 2018 acerca do perfil Sociodemográfico dos magistrados brasileiros que, como o próprio nome acusa, busca identificar quem são os magistrados brasileiros em termos de suas

características demográficas, sociais e profissionais, revelou que para além da formação principal em Direito, a proporção de magistrados que completou algum curso de formação ou capacitação no período de 12 meses anteriores a data da pesquisa é de 43%. E, adivinhem qual foi o curso de “especialização” mais procurado pelos magistrados? Sim, mediação ou conciliação, com 19% dos casos de capacitação, ou seja, dos 11.348 magistrados que responderam à pesquisa do CNJ, temos o mínimo de 2.156 magistrados que deram um passo tecnoformalista – pelas regras do CNJ e da ENFAM – rumo a serem magistrados-mediadores.³⁵

Evidentemente, que isso não significa que todos exerçam essa função híbrida tal como colocado nesse trabalho, pois é possível que parte dos magistrados e magistradas tenham apenas buscado compreender mais o papel da mediação no novo formato de Justiça multiportas, e queiram ser magistrados mais humanizados e conectados com as novas formas de resolução de conflitos, afinal, o currículo base constante na Resolução nº 125 do CNJ para a formação tradicional (e oficial) em mediação engloba técnicas de escuta ativa, comunicação não violenta, negociação e tantas outras que otimizariam a competência judicante.

Em contrapartida, ainda sobre o capítulo do lado real do espelho, mostra-se que a doutrina, os fóruns de discussão sobre o tema e demais instituições que se propõem a regular e aperfeiçoar o microssistema da autocomposição não completamente omissos diante do notável crescimento de magistrados-mediadores em atuação, já que começam a criar embaraços à atuação direta dessa figura híbrida, seja propondo em seu lugar que a atuação seja feita por magistrados ou outros servidores públicos aposentados, seja sugerindo expressamente que o magistrado indique um terceiro, e não a si mesmo, para a atuação em processo conciliatório ou de mediação. Portanto, há uma intenção de regulação em marcha.

Aliás, em breve satisfação, ao buscar a tradução escoreita do título para o inglês, deparei-me com uma preocupação que, longe de ser uma preocupação meramente gramatical, acabou se revelando de mérito, pois o termo magistrado-mediador poderia ser *judge-mediators*, que seria efetivamente juiz-mediador, ou mesmo *magistrate-mediator*, exatamente magistrado-mediador. Bom, a fidelidade

³⁵ Os dados foram obtidos via questionário, disponibilizado de forma eletrônica no sítio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Os magistrados responderam ao questionário entre os dias 9 de abril e 30 de maio de 2018. O levantamento contou com a participação de 11.348 de um total de 18.168 magistrados ativos, um índice de resposta de 62,5%. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/5d6083ecf7b311a56eb12a6d9b79c625.pdf>. Acessado em 06 jan 2022.

objetiva diria para usar *magistrate-mediator*, mas acontece que *magistrate* no direito estadunidense não é o mesmo que *judge*. Em pesquisa, foi verificado que o *magistrate* tem de fato algumas funções de *mediator* para determinados tipos e temas de processos, em especial aqueles que envolvem direito de família e outros direitos transacionáveis, enquanto o *judge* possui uma função mais ampla e que o liga mais à função típica do juiz que decide, a função judicante.

Portanto, o que no início era um problema de ser honesto na tradução, acabou por ser uma fonte de direito comparado, em que foi possível enxergar um sistema/estrutura jurisdicional que preveja a concentração do poder de decidir a causa a um determinado perfil de magistrado e, para colheita de provas, decisão de questões incidentais, preliminares, instrutórios e de autocomposição, seja escalado um outro tipo de magistrado, impedindo que o mesmo juiz acumule as duas funções.

Essa proposta de dois magistrados atuarem ao longo de um processo judicial é premente no projeto do juiz de garantias que, a grosso modo, atuaria na fase pré-processual do inquérito e de outras medidas preliminares ao processo judicial evitando o enviesamento do juiz que tem que decidir. Claro, a divisão entre diferentes magistrados ao longo de um processo judicial não é motivado só por mecanismos de desviesamento ou, se preferir, de proteção à imparcialidade na tomada de decisão, ela também se dá pela divisão interna de especializações de um tribunal, tal como atribuir a especialização de uma vara de execuções, outras em varas cíveis, empresariais, de precatórias, de autarquias municipais, estaduais etc.

Nesse ponto, é importante dizer que o microsistema da autocomposição previu a figura do juiz coordenador do CEJUSC, que seria o encarregado de ser o destinatário dos termos de composição gerados em procedimentos de autocomposição conduzidos pelo próprio CEJUSC ou por Câmaras Privadas de Mediação credenciadas ao NUPREMEC do Tribunal, inclusive em procedimentos pré-processuais. Ocorre que esses magistrados são também encarregados de avaliar eventuais erros e assunções de obrigações, direitos e deveres impossíveis sob a ótica do Direito positivo dos termos de acordo, sendo ainda mais incongruente que eles atuassem como magistrados-mediadores, pois automaticamente eles eliminariam a instância obrigatória de checagem do acordo, eis que eles iriam ser os fiscais de si mesmos.

Claro, elimina-se uma das provocações desse trabalho, que é a influência do magistrado-mediador na própria esfera de sua decisão sob o mesmo caso que atuou

em autocomposição já que o juiz diretor do CEJUSC não teria a atribuição de julgar a causa. E, por essas e por outras que cuidou-se de não encerrar o assunto no microsistema da autocomposição do lado da mera realidade das normas, passando para o outro lado do espelho, o lado em que se quis demonstrar que a figura do magistrado exerce influência simbólica nos jurisdicionados, que no caso seriam os mediandos e conciliandos, ao ponto de colocar em xeque a garantia da autonomia das partes, pressuposto elementar dos métodos alternativos de solução de conflitos, ainda que, como também foi visto, guarde entre si algumas gradações de influência admissível do terceiro facilitador.

Daquele lado do espelho permitiu-se um ligeiro afastamento da estrutura formal da academia juridificada, emprestando as rédeas à própria evolução dos mitos e dos símbolos líricos e literários que trataram, de alguma forma, do imaginário da figura do magistrado, eis que mais à frente, no capítulo das comunicações mediadas por símbolo, e até mesmo nos elementos pré-comunicativos de Habermas, cuidou-se de apresentar a intrínseca relação entre a sacralidade dos rituais religiosos pela formalidade dos rituais do Judiciário.

Depois das metáforas sobre os trabalhos de Hércules, apresentados justamente para introduzir o leitor à mitologia grega que foi explorada nos três arquétipos de juízes cunhados por François Ost, começou-se então a ensaiar a retomada de curso, uma calibração de trajeto de volta à proposta que o microsistema de autocomposição persegue sem seus princípios e pressupostos, que a busca de tratamento dos conflitos através da autonomia das partes, como forma de mecanismo de democratização social e, em maior escalada, de ferramenta da emancipação democrática.

Tanto nos trabalhos de Hércules como nos arquétipos dos juízes Júpiter, Hércules e Hermes, se antecipou os dilemas morais que envolvem a jornada da nossa figura alçada à condição de herói mítico, o magistrado-mediador, que quando nada lhe impedia de exercer plenamente o seu poder, poderia tudo fazer em nome de seus princípio ou em nome da lei, mas que quando tivesse diretrizes bem estabelecidas, a sua livre atuação poderia ser confrontada pelo limite conhecido da regra, sendo possível enxergar quando há a sua extrapolação. Eis aqui a retomada da crítica sobre a ausência de regulamentação sobre a atuação do magistrado-mediador, afinal, o que para nós é óbvio, não deve deixar de ser dito e previsto.

O acesso ao Direito e Literatura foi um mergulho numa área que tem muito para ser cada vez mais instrumento de democratização e erotização – em seu contexto psicanalítico – do ensino jurídico, pois permite reconectar o Direito outras fontes da cultura e do saber, abandonando uma ideia purista de autonomia do ramo do Direito, ponto este alvo de questionamento no primeiro tópico trazido em Habermas.

Já em Habermas, acredita-se que a teoria do agir comunicativo, embora não tenha sido pensada nem estruturada para a mediação, certamente pode ter seus elementos pensados para boa parte do que os procedimentos autocompositivos pregam, que passa necessariamente pela autonomia das partes diante de uma controvérsia, os elementos que se aproximariam da situação “ideal de fala” para que se verifique se as autonomias estão realmente sendo respeitadas e, mais do que o que é dito, poder compreender a partir da Habermas, que o que não é dito também influencia imensamente na racionalização da comunicação.

Com isso, embora os rigorosos pressupostos do “ideal de fala” não sejam os mesmos princípios previstos no microssistema da autocomposição, certo é que a posição social e a possibilidade de intervir ou interditar os discursos de uma das partes de um diálogo, ainda que esse sujeito seja o *medium* ou mesmo o elemento simbólico que orienta o diálogo, isso pode interferir na ação comunicativa a tal ponto que redirecionaria as partes à uma agir instrumental ou um agir estratégico, que infelizmente se distanciariam do propósito do sistema desejável de uma mediação. Portanto, nessas passagens cuidou-se mais de gerar elementos a serem usados na checagem da influência para o próprio sistema autocompositivo e para a autonomia das partes.

Já em Warat, sem a menor pretensão de acinzentar um autor que é policromático, buscou-se pinçar alguns dos temas que fizeram parte, direta ou indiretamente, da obra e legado do autor argentino. Lá, a intenção foi fazer a ponte entre a visão macro de teorias da comunicação de Habermas, para conceitos e tratamentos mais específicos sobre a mediação, não abandonando os outros elementos do simbólico e do senso comum que se construiu sobre a figura do magistrado-mediador.

O bom é que Warat não precisa de muitos pudores, pois suas opiniões são muito incisivas, transdisciplinares e abundantes de referência. Durante esse estudo, portanto, chegamos mais perto da questão da (im)pertinência do magistrado-

mediador, conquanto não há em Warat a mera hipótese dessa figura híbrida ser proveitosa ao que ele entende como mediação que, como lá dito, tem bastante diferença da conciliação e da negociação. Aliás, a juridificação da mediação é um fenômeno que, embora não seja tratado com essa nomenclatura por Warat, é movimento que fere de morte o que ele entende que deveria ser pela Ecologia do Direito, ou seja, por um caminho bem diferente das figuras típicas do senso comum jurídico.

Por fim, mas não menos importante, já depois da realidade>>espelho<<simbólico, como num movimento de “quebra da quarta parede”, que é quando a barreira imaginária (texto, estudo, pesquisa) que separa os personagens (objeto do estudo) do público (leitores) cai, permitindo inclusive uma metalinguagem, se aponta para uma nova possibilidade de tratamento sobre o mesmo tema, que é a partir de um novo campo de estudo que se dedica aos pormenores dos vieses cognitivos e tomadas de decisão que, por sua vez, pegam emprestado uma série de nomenclaturas, termos, conceitos e padrões já a muito utilizados pela Psicologia, Semiologia, Semiótica e pela Neurociência. Esses fenômenos estudados possuem uma série de conceitos capilares, contudo, derivam de um grande gênero chamado enviesamento, sendo que o processo de mitigação desses vieses de confirmação ou fixação são chamados de *debiasing*, ou seja, desviesamento. (NUNES; LUD; PEDRON, 2020, p.28)

Sobre a aplicabilidade desse conceito ao Direito, Eduardo José da Fonseca, em sua tese de doutorado “Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre o direito processual, economia e psicologia” (2016), diz que “ao se constatar que as características físicas das partes e que suas posturas diante do Juízo são capazes de influenciar no julgamento que será proferido, percebemos o quanto o subjetivismo do julgador é deletério ao processo”. (COSTA, 2016, p. 102). Em consequência, permitir que o juiz decida levando em consideração as concepções pessoais acerca da impressão que teve das partes (heurística da representatividade) favorece, dentre outras coisas, que o magistrado se valha do viés confirmatório (*confirmation bias*), que seria a confirmação de primeiras impressões, ou, confirmação da intuição. (NUNES; LUD; PEDRON, 2020, p.57)

Aliás, sobre os magistrados recai a severidade de, não raras vezes, estarem eles sujeitos a casos difíceis com carga moral complexa. É, portanto, necessário

cuidar de estudar sob quais vieses cognitivos os magistrados estão mais sujeitos, e, notadamente, analisar se a atuação prévia do juiz que decide como magistrado-mediador pode aumentar sua tendência ao enviesamento.

É preciso saber, por exemplo, se e em que medida o dever de imparcialidade e a garantia de independência funcional reduz as chances de juízes abraçarem suas intuições iniciais a respeito do caso concreto. É preciso saber se e em que medida o preparo e processo seletivo específico a que se submetem reduz as chances de juízes caírem no lugar-comum do raciocínio motivado e do viés confirmatório. É preciso saber se e em que medida juízes estão sujeitos aos mesmos vieses cognitivos que prejudicam o processamento de informação e a tomada de decisão, fato tão documentado na literatura da psicologia e das ciências cognitivas. (STRUCHINER, 2013, p. 2010)

A título de exemplo, cita-se um experimento narrado pelos autores de “Desconfiando da Imparcialidade dos sujeitos processuais” quando exploram um estudo conduzido por Eyal Peer e Eyal Gamliel, no desenvolvimento da obra “*Heuristics and Biases in Judicial Decisions*” (Heurísticas e vieses nas decisões judiciais). No experimento, é demonstrado que juízes experiente sofrem da mesma inabilidade em desconsiderar provas ilícitas que membros inexperientes de um simples júri. (NUNES; LUD; PEDRON, 2020, pp.110-11)

No experimento citado, um grupo de magistrados experientes e um grupo de jurados inexperientes foram instados a abordar um caso que envolvia a confiabilidade de um produto incluindo (ou não incluindo) material enviesante, em seguida foram instados (ou não) a desconsiderar a prova ilícita/inadmissível. Os veredictos de ambos os grupos foram altamente condicionados com a prova ilícita, isto é, quando a prova ilícita era apresentada ao grupo pesquisado, essa prova influenciava na decisão, mesmo que houvesse a posterior informação dessa prova ser ilícita/inadmissível. (PEER; GAMLIEL, 2017 apud NUNES; LUD; PEDRON, 2020, pp.110-11)

Como conclusão a esse experimento, indica-se fortemente que aos magistrados que tenham tido contado com provas ilícitas ou que por algum motivo processual ou normativo não possam ser consideradas como fontes de convencimento e sopesamento das outras provas dos autos, que a estes magistrados seja imposto o afastamento do julgamento da causa

Assim, está em constante marcha a elaboração de pesquisas sobre vieses cognitivos e tomadas de decisão que, com seus respectivos recortes, buscam compreender e, se possível, mapear quais são as situações em que o magistrado está mais suscetível a enviesar a sua decisão por critérios pessoais, intuitivos ou que escapam do aparato jurídico esperado de uma decisão judicial. Em tempo, parte desse estudo pode ajudar a demonstrar que as três esferas de influência do magistrado-mediador citadas e estudadas ao longo da pesquisa, encontram seus exemplos cada vez mais vivos na prática, e não só nas deontologias a partir do mítico e do ritualístico.

Dessa forma, após olhar para aquele lado do espelho – o imaginário – e para o próprio espelho – a metodologia – fosse ditoso apontar para a fria realidade, agora checando se os elementos colhidos durante a pesquisa seriam pertinentes ou impertinentes àquelas pessoas de carne e osso que se pretendem (ou já são) magistrados-mediadores, raciocinando os seus perfis e as suas possibilidades de enviesamento com as suas realidades, com a realidade de suas imagens perante os jurisdicionados e a realidade de suas funções e atribuições perante o microssistema de autocomposição. Afinal, é realmente tão óbvio assim?

Num primeiro encontro de checagens, aborda-se duas esferas do magistrado-mediador, a sua interferência para as partes e para o próprio procedimento. Faz-se a checagem em conjunto dessas duas esferas, pois depois de colher os dados e pressionar as hipóteses ao longo da pesquisa, entende-se que o ponto chave de ambas as esferas está na autonomia das partes. Portanto, a checagem de (im)pertinência, ainda que ao longo do texto já tenha enfrentado questões como confidencialidade, sigilo, imparcialidade e outras temáticas acessórias, a autonomia, para estas duas esferas, é elementar.

Portanto, pode-se colher desse lado do espelho (a realidade) as previsões normativas e legislativas do microssistema da autocomposição, reconhecendo que existe uma diferença, ainda que não eximamente definida, entre a intervenção intermediária do magistrado na tentativa de obtenção de acordo antes de uma fase instrutório e a conciliação, a mediação, o *dispute board*, as ODRs (*Online Dispute Resolution*) e algumas outras³⁶ não definidas expressamente nessas leis e normas,

³⁶ Além desses, outros mecanismos, a partir da experiência norte-americana, podem ser indicados: a avaliação neutra prévia; avaliação neutra pericial; assistente neutro; esclarecedor de questões de

sendo que entre elas há diferenciação básica no nível de interferência que esse terceiro imparcial pode se valer na construção/obtenção de um consenso, o que funciona inversamente proporcional com o grau da autonomia entregue às partes. Ou seja, quanto mais autonomia, menos intervenção do terceiro.

Esse aparente dilema de interferir sem interditar a autonomia daquele que sofre a intervenção foi retratado nas diferentes metáforas tomadas daquele lado do espelho (do imaginário e do simbólico na cultura), desde a tarefa de Hércules em capturar corça de Cerinéia, passando pelos arquétipos de juízes de François Ost - Júpiter, Hércules e Hermes - e os juízes retratados na literatura de Shakespeare, Tólstoi e Brecht, que buscou entender “em nome de quê” o juiz interfere nas relações, para enfim chegar ao espelho, revelando para onde se quis levar o debate, que seria as verificações de interferências do magistrado-mediador não só pela obviedade de suas possíveis palavras e discursos num procedimento autocompositivo, mas sua interferência simbólica ainda que nada nada fale.

Em última amarração, identifica-se um caráter especial e destacado ao papel da mediação enquanto ferramenta não só para os litígios judicializados, mas também como uma ferramenta de emancipação das autonomias individuais perante o contexto social de diversos matizes. Portanto, sem tergiversações, entende que a mera atuação do magistrado em procedimento de mediação interfere de forma desproporcional a autonomia das partes, que deve ser zelado para muito além de um princípio da mediação judicial, assim, o magistrado-mediador é impertinente. Mas, e o magistrado-conciliador?

Quanto às demais forma de autocomposição, o Direito comparado e até mesmo algumas normativas internas de tribunais brasileiros já indicam uma possível solução, que passaria por um rearranjo meramente administrativo, no qual se estabeleceria o impedimento – se se quiser estabelecer a autonomia das partes também para, por sua conta e risco, manter o magistrado, se pensaria em suspeição no lugar do impedimento - para julgar a causa ao magistrado que, porventura tivesse atuado diretamente em procedimento de autocomposição (sem ser a mediação) anterior ao julgamento e à avaliação das provas.

Quanto à terceira esfera, que é a esfera da interferência do magistrado-mediador em sua própria tomada de decisão, acredita-se que a verificação da

fato (*fact-finder*); conselheiro especial (*special master*) e o julgamento simulado (*mini-trial*), dentro outros. (CALMON, 2015 *apud* GIMENEZ, 2018, p. 45)

(im)pertinência passa muito pelas recentes tentativas históricas de reinvenção da magistratura, em que apesar do centro de gravidade do Direito ter se deslocado ora para um positivismo mais notório, ora para realismo pontual, ora para um pós positivismo de contornos hermenêuticos próprios, em nenhuma dessas mudanças a centralidade do magistrado fora abalada. De modo que, não se pode deixar de cogitar a hipótese do crescente movimento de formação de magistrado-mediadores ser apenas mais um movimento reativo da magistratura como um todo, buscando manter-se como eixo central do Judiciário, ainda que ele hoje rume para um sistema multiportas.

Numa última observação, ainda que mereça mais estudos de campo e, talvez, um maior tempo de observação desse recentíssimo fenômeno de magistrados-mediadores, as pesquisas sobre vieses cognitivos vêm revelando múltiplas armadilhas de enviesamento que desmistificam a inabalável sobriedade, imparcialidade e tecnicismo no ato de decidir, de modo que submeter o magistrado a um contato prévio com as partes, e que nesse contato se envolve oportunidades em que as partes revelem comportamentos, versões e posturas que podem pressionar esses processos de enviesamento dos magistrados, afinal, “o cérebro não teria sido ‘feito’ para ignorar informações, mas para pensar sobre elas”. (DANTAS, 2021, p. 71)

Entendendo por esse lado, ainda que seja humanamente impossível o alcance da imparcialidade incauta, mostra-se razoável aplicar o que for efetivo no que diz respeito a técnicas e arranjos administrativos de desenviesamento, portanto, assim como vimos sobre a comparação dos conceitos psicanalíticos de transferência e contratransferência³⁷ - que segundo Freud são uma via de mão dupla - a preocupação não está só nas percepções e ligações feitas ali no momento de interação em autocomposição, está também nos processos de associações e contratransferência que ocorrem no psiquismo do magistrado, que repercutem como se fossem verdadeiras resistências à sua atuação regular, seja como mediador, seja como magistrado. (DANTAS, 2021, p. 93) Ou seja, uma influência que transborda a (im)pertinência na autocomposição, pois constrange a própria atuação

³⁷ Mas foi em 1910, no Congresso de Psicanálise de Nuremberg, que ele [Freud] fez a primeira alusão pública e explícita ao termo contratransferência, traduzindo-a como uma resistência inconsciente do analista, como se fosse um verdadeiro obstáculo, que impedisse o apoio ao paciente no enfrentamento de psicopatologias que o próprio analista não suportava. (DANTAS, 2021, p. 93)

no momento de vestir a toga e decidir. O que se quis ajudar, pode produzir uma limitação ainda mais difícil de contornar.

Como se viu mais recentemente com Warat, o grau de pertinência e competência transformativa que um mediador terá para com conflito que é levado até ele é proporcional à capacidade de despersonalização que o mediador consegue ter de si para se entregar neutro e imparcial ao conflito, interditando de forma autêntica seus pré-julgamentos e interpretações pessoais, ampliando sua visão afetiva que muitas vezes ajuda a revelar desejos e sentimentos não evidentes para partes. Para que toda essa constelação mítica e artesanal seja mais factível, Warat explica que na formação do mediador, muito mais que a técnica, o que deve ser apurado é o afeto. E, claro, o afeto demanda empatia pela situação do Outro.

Assim, o acúmulo da função de magistrado-mediador não encontra respaldo de coerência com o ideal da autocomposição, visto que promove a juridificação aguda de um modelo que se pauta justamente na mudança do paradigma da tecnojuridicidade, revelando um processo de repetição que, como também abordamos pelas observações da Psicanálise, é uma característica natural do organismo que tende a fazer escolhas já conhecidas, porém, no caso do histórico da magistratura, é notória as escolhas superegóicas, pautadas pela preferência em situar o magistrado nas posições de paternalismo de cada época.

Também parece não corresponder a uma das principais preocupações históricas da magistratura, que é promover, garantir e investir em mecanismos de imparcialidade na tomada de decisão, preservando o magistrado de assédios e interferências que não sejam aquelas previstas em lei, princípios ou nas demais fontes previstas no Direito nacional. Afinal, como ensina um antigo provérbio: à mulher de César não basta ser honesta, ela também deve parecer honesta.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO DO PROJETO

ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em Mediação: Aportes práticos e teóricos**. São Paulo: Dash, 2014.

ARISTÓFANES. **As vespas, as aves, as rãs**. 3.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

ASSIS, Vivian Alves de. **A Dimensão Mítica do Discurso de Kelsen: a crítica de Luis Alberto Warat**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

AZEVEDO, Silvagner Andrade de. **Direito e jurisdição: três modelos de juiz e seus correspondentes mitológicos na obra de François Ost**. Direito Público. Porto Alegre, ano 8, n. 44, p. 32-46, mar./abr. 2012.

BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia Grega**. Petrópolis: Vozes, 1983, vol.3, pp.89-148.

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. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2579>> Acesso em 15 abr 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pesquisas Judiciárias (2018). Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros – 2018. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/5d6083ecf7b311a56eb12a6d9b79c625.pdf>> Acesso em 20 abr 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Jurisprudência Administrativa: Conciliação e Mediação (2020). Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Relatorio_de_Jurisprudencia_Administrativa_Conciliacao_e_Medicao_2020-08-31.pdf> Acesso em 20 abr 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em 16 abr 2021.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Lei da Mediação**; Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em 16 abr 2021.

BRASIL. **Mediação dos Conflitos Judiciais**. In: Encontro de Administração da Justiça - ENAJUS, 2020, Brasília. III Encontro de Administração da Justiça (ENAJUS), 2020.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAMPBELL, Joseph. **O poder do mito**. 27. ed. São Paulo: Palas Athena, 2009.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; ASSIS, Vivian Alves de. **A carnavalização do direito: um convite metafórico aos cúmplices de waratianos**. Revista Brasileira de Filosofia do Direito, v. 3, n. 1, p. 1–17, 1 jun. 2017

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. 2016, 187 f. Tese (Doutorado) – PUC-SP, São Paulo, 2016.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008.

DANTAS, Rodrigo D’Orio. **A imparcialidade no divã: por que árbitros e juízes são naturalmente parciais?** São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

FLORY, Thomas. *El juez de paz y el jurado em el Brasil imperial*. México: Fondo Del Cultura Econômica, 1986.

FREUD, Sigmund (1914). **Recordar, repetir e elaborar** (novas recomendações sobre a técnica da psicanálise II). In: Freud S. Obras completas. Vol. XII. Rio de Janeiro: Imago; 1996. p. 161.

FREUD, Sigmund. **O Mal-estar na Civilização** (1930). In: FREUD, S. Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, v. XXI, 1977, p. 81-170.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença. Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet. **O novo no direito de Luis Alberto Warat: mediação e sensibilidade**. Curitiba: Juruá, 2018.

GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 10ª ed. Refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito. São Paulo: Malheiros Editora, 2021.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo 1: racionalidade da ação e racionalização social**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 1ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012a.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo 2: sobre a crítica da razão funcionalista**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 1ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012b.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**. Ensaio Filosóficos. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

LACAN, Jacques. **O Simbólico, o Imaginário e o Real**. Nomes-do-Pai. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

LOUISE, Otis; Eric H. Reiter, **Mediação por Juízes: Um Novo Fenômeno na Transformação da Justiça**, Pepperdine Dispute Resolution. LJ Iss. 3 (2006) Disponível em: <<https://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol6/iss3/2/>> Acesso em 11 mai 2021

MARQUES, Hildebrando da Costa . **Os conciliadores e mediadores judiciais como auxiliares da justiça (art. 149 do CPC)**. Revista FONAMEC, Rio de Janeiro, v.1, n. 1, maio 2017, pp. 157-170.

MELO, André Luis Alves de. **República dos bacharéis no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MELO, Tatiana Socoloski Perazzo Paz de; CHAVES, Luciano Athayde. **A Imparcialidade e o Dever de Confidencialidade do Juiz Facilitador da Mediação dos Conflitos Judiciais**. In: Encontro de Administração da Justiça - ENAJUS, 2020, Brasília. III Encontro de Administração da Justiça (ENAJUS), 2020.

MNOOKIN, Robert. **Negociando com o Diabo: quando dialogar, quando lutar**. Tradução de Marcelo José Ferraz Ferreira. São Paulo: Editora Gente, 2011.

MONTEIRO, Eduardo Aleixo. Direito e Literatura no Brasil. Rev. De Direito, Arte e Literatura, [s.l.], v. 6, n. 1, p, 60-82, Jan./Jun. 2020. Disponível em <<https://indexlaw.org/index.php/revistadireitoarteliteratura/article/view/6591>>. Acessado em 02 dez 2022.

NALINI, José Renato. **A Rebelião da toga**. Campinas: Millennium, 2008.

NUNES, Dierle; LUD, Nataneal; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da Imparcialidade dos sujeitos processuais: Um estudo sobre os vieses**

cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2020.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiádes de. **O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez.** In: DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº 14, 1993. pp. 169-194. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/jpiter-hrcules-y-hermes--tres-modelos-de-juez-0/>. Acesso em 01/05/2021.

OST, François. **Contar a Lei: as fontes do imaginário jurídico.** São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 48-58.

PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. **Heuristics and Biases in Judicial Decisions.** *Court Review*, v. 49, n. 2, p. 114-119, 2013. Disponível em <https://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1428&context=ajacourtreview>. Acessado em 25 jan 2022.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A Mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro.** Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v.5, n.4, p.63-94, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242895/000923117.pdf?sequence=1>. Acessado em 03 jan 2022.

PRIEBE, Victor ; SPENGLER, Fabiana Marion. **Júpiter, Hércules ou Hermes: reflexões acerca do liame discricionário interpretativo de cada um.** Revista eletrônica de direito processual , v. 21, p. 377-396, 2020.

RAIOL, Wilson Gama Raiol; ALENCAR, Evandro Luan de Mattos. **O juiz no imaginário jurídico-literário: reflexões sobre perfil, poder e discricionariedade do magistrado.** Revista de Direito, Arte e Literatura, Porto Alegre, v. 4, n. 2, jul/dez, 2018, pp.20 –35.

RESTA, Eligio. **Tempo e Processo**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

REESE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. Trad. Vilmar Schneider. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

SANTOS, Karinne Emanuela Goettems. **Processo Civil e Litigiosidade: para além da Jurisdição dos ‘conceitos sem coisas’**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno, **Apresentação à edição brasileira**. in HABERMAS, HABERMAS, Jürgen. Teoria do agir comunicativo 1: racionalidade da ação e racionalização social. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 1ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

SILVA, Natanael Lud Santos e. **Os vieses de cognição e o processo jurisdicional democrático: um estudo sobre a mitigação de seus efeitos e o debiasing**. 2018, 137f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós- Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018

SOUSA, Luís Felipe Pires de. **O empenho ativo do juiz na obtenção de uma solução de equidade em sede de tentativa de conciliação**. In JULGAR 23, 2014. Coimbra Editora. p. 317-337. Disponível em <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/05/15-Lu%C3%ADs-Filipe-Pires-de-Sousa.pdf>

SPENGLER, Fabiana Marion, **O Símbolo, o Mito e o Rito: o juiz a as “dificuldades epidêmicas” do decidir**, in STRECK, Lenio Luiz e TRINDADE, André Karam (organizadores). Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura. São Paulo: Atlas, 2015, p. 117-139.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e ensino jurídico na Terra Brasilis: ainda a questão da resistência positivista**. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS,

Douglas César. Conflito, jurisdição re direitos humanos: (des)apontamentos sobre um novo cenário social. Ijuí: UNIJUI, 2008.

STRECK, Lenio L. (2010). **O (Pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) - dois decálogos necessários.** *Revista De Direitos E Garantias Fundamentais*, (7), 13-44. Disponível em <<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/77/73>>

STRECK, Lenio Luiz, **Os Modelos de juiz e a Literatura** in STRECK, Lenio Luiz e TRINDADE, André Karam (organizadores). Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura. São Paulo: Atlas, 2015, p. 227-236.

STRECK, Lenio Luiz e TRINDADE, André Karam (organizadores). **Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura.** São Paulo: Atlas, 2015.

STRECK, Lenio. **Senso comum teórico dos juristas.** Estado da Arte, Brasil, p. 1-10, 15 fev. 2021. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/senso-comum-teorico-lls/>. Acesso em: 11 jan. 2022.

STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. **Como os juízes decidem os casos difíceis do direito?** Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da filosofia moral à psicologia experimental, Editoras PoD e PUC Rio, FAPERJ (Org.).

TRINDADE, André Karam, **O protagonismo judicial sob a perspectiva da literatura**, in STRECK, Lenio Luiz e TRINDADE, André Karam (organizadores). Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura. São Paulo: Atlas, 2015, p. 3-5.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O movimento de estudos críticos do direito: outro tempo, tarefa maior** / Roberto Mangabeira Unger; Tradução de Lucas Fucci Amato. Belo Horizonte/MG: Letramento: Casa do Direito, 2017.

VARGAS, Nairo de Souza. Prefácio. In: BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia Grega.** Petrópolis: Vozes, 1983, vol.3, pp.9-11.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. Ecologia, psicanálise e mediação. In: WARAT, Luis Alberto (org.). **Em nome do acordo: a mediação no direito**. Florianópolis: EModara, 2018

WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio! direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia**. Tradução de Vívian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Junior e Alexandre Moraes da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WARAT, Luis Alberto. **O lugar da fala: digna voz da majestade**. In: FALCÃO, Joaquim(Org.). Pesquisa científica e direito. Recife: Ed. Massangana, 1983.

WARAT, Luis Alberto. **Ciência Jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: FISC, 1985.

WOLKMER, Antonio Carlos. **A magistratura brasileira no século XIX**. In.: **Sequência**. Florianópolis/SC. v. 35, p. 24-30, 1997.