

IX ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFRSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Ednilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Educação Jurídica

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

F723

Formas consensuais de solução de conflitos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Cristian Kiefer Da Silva; Fabiano da Rosa Tesolin; Paulo Cezar Dias – Florianópolis: CONPEDI, 2026.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-574-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, Processo e Justiça Social: o papel da jurisdição constitucional na efetivação de direitos

2. Formas consensuais. 3. Solução de conflitos. IX Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2026: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IX ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Apresentação

O IX ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI – EVC ocorreu nos dias 22, 23, 24, 25 e 26 de junho de 2026, cujo tema foi: CONSTITUIÇÃO, PROCESSO E JUSTIÇA SOCIAL: O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS. Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum. De forma atenta aos desafios para a construção de uma sociedade verdadeiramente livre, efetivamente justa e concretamente solidária, o Conselho Nacional das Pós Graduações em Direito (CONPEDI) buscou reunir diversos pensadores, autores e pesquisadores do direito e de ciências congêneres, em ambiente de multirelacionamento direto, convergente ou transversal com as políticas públicas, resultando numa gama de produção de artigos científicos, aprovados e, posteriormente, apresentados em Grupos de Trabalhos, entre eles o denominado FORMAS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS I, cabendo, honrosamente, a Coordenação aos Professores Doutores: CRISTIAN KIEFER DA SILVA, FABIANO DA ROSA TESOLIN e PAULO CEZAR DIAS. O grupo de trabalho serviu como palco da discussão de trabalhos que ora são publicados, tendo como fundamento textos apresentados por atores pertencentes às instituições públicas e privadas de ensino e que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira. Com o objetivo de dinamizar a leitura, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática, a seguir declinados:

1. A CONSENSUALIDADE NO PROCESSO ESTRUTURAL: O SISTEMA MULTIPORTAS COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO DE CONFLITOS COMPLEXOS

5. A REGULAÇÃO RESPONSIVA COMO POLÍTICA PÚBLICA DE DEFESA DO CONSUMIDOR: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO PROCON-MG A PARTIR DA RESOLUÇÃO PGJ N.º 57/2022
6. ANTAGONISMOS ESTRUTURAIS: PRESSUPOSTO DA GESTÃO DE CONFLITOS SECUNDÁRIOS
7. AUTOCOMPOSIÇÃO NA ERA DIGITAL: ANÁLISE DA EFETIVIDADE DA RESOLUÇÃO DE DISPUTAS ONLINE E SUA VALIDAÇÃO JURISPRUDENCIAL
8. DO DANO DIGITAL À REPARAÇÃO CONSENSUAL: DEEPFAKES ESCOLARES, JUSTIÇA RESTAURATIVA E DIREITOS DA PERSONALIDADE
9. DO DEMANDISMO À RESOLUTIVIDADE: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE EM GOVERNADOR VALADARES (2021-2025)
10. ENTRE A JURISDIÇÃO ESTATAL E A ARBITRAGEM: UMA ANÁLISE DOS LIMITES INSTITUCIONAIS NA TUTELA DOS DIREITOS DIFUSOS
11. ENTRE A REJEIÇÃO E O RECONHECIMENTO: A FAMÍLIA E A IDENTIDADE TRANS SOB A ÓTICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE
12. GESTÃO DE CONFLITOS EM CONTRATOS DE LONGA DURAÇÃO: A FUNÇÃO ESTRATÉGICA DAS CLÁUSULAS ESCALONADAS MED-ARB
13. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO EXTRAJUDICIAL: EFICIÊNCIA ECONÔMICA, REDUÇÃO DE CUSTOS DE TRANSAÇÃO E ACESSO À JUSTIÇA

16. MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM COMO FERRAMENTAS ESSENCIAIS NO DIREITO EMPRESARIAL

17. O INCENTIVO ESTATAL À JUSTIÇA MULTIPORTAS COMO ESTRATÉGIA DE ACESSO À JUSTIÇA E REDUÇÃO DA LITIGIOSIDADE EXCESSIVA

18. O PAPEL DESAFIADOR DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NA TRANSFORMAÇÃO DOS CONFLITOS ESCOLARES

19. O PROCESSO ESTRUTURAL COMO FERRAMENTA PARA A PROTEÇÃO INTEGRAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES INSERIDOS EM CONFLITOS JURÍDICO-FAMILIARES

20. O SISTEMA DE MEDIAÇÃO JUDICIAL NAS AMÉRICAS – UM OLHAR TRANSDISCIPLINAR COM O OBJETIVO DE GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E DA EFETIVIDADE DO PROCESSO

21. O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA DA EMPRESA HYDRO NO MUNICÍPIO DE BARCARENA SOB A ANÁLISE DO PRAGMATISMO JURÍDICO DE RICHARD POSNER.

22. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA ACESSO À JUSTIÇA DE GRUPOS VULNERÁVEIS POR MEIO DE SOLUÇÕES EXTRAJUDICIAIS DE CONFLITOS

23. RACIONALIDADE GERENCIAL À CONSENSUAL: O PAPEL DO DIÁLOGO NA RECONFIGURAÇÃO DA ATUAÇÃO ESTATAL EM CONFLITOS EMPRESARIAIS

24. REGULAMENTAÇÃO E EFICÁCIA DA MEDIAÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA COM

do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil, e, portanto, ponto de encontro de pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil e exterior.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI, desejando excelente leitura a todos e todas.

Professores Coordenadores do Grupo de Trabalho:

PROF. DR. CRISTIAN KIEFER DA SILVA – PUC-MG/UMA/SKEMA BUSINESS SCHOOL

PROF. DR. FABIANO DA ROSA TESOLIN – INSTITUIÇÃO TOLEDO DE ENSINO

PROF. DR. PAULO CEZAR DIAS – UNIVEM-SP/UNIP-SP

**TRANSAÇÃO PROBATÓRIA EXTRAJUDICIAL: PROVA, COGNIÇÃO E
RACIONALIDADE NA SOLUÇÃO NEGOCIAL DE CONFLITOS**
**EXTRAJUDICIAL EVIDENTIARY TRANSACTION: EVIDENCE, COGNITION
AND RATIONALITY IN NEGOTIATED DISPUTE RESOLUTION.**

Victor Fabiano Pedrosa da Silva Vieira ¹
Livia de Paula Alves Martins Vieira ²

Resumo

Em 2024, a taxa de conciliação na fase de conhecimento no Brasil alcançou 18%, ligeiramente acima dos 17,8% de 2023, mas ainda com apenas 12,1% dos processos resolvidos por acordo, em um contexto de aproximadamente 84 milhões de feitos em tramitação. Diante desse cenário de elevada judicialização, intensificam-se iniciativas de estímulo à autocomposição, inspiradas no debate sobre acesso à justiça inaugurado pelos estudos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que evidenciam a necessidade de mecanismos efetivos de tutela dos direitos para além do mero ingresso em juízo. Partindo da função epistêmica da prova como forma institucionalizada de produção de conhecimento sobre os fatos, o artigo propõe a transação probatória extrajudicial, fundada na produção autônoma da prova, como técnica probática de solução negocial de conflitos. Nessa perspectiva, as partes, assistidas por seus advogados, produzem, revelam e validam elementos probatórios relevantes fora do processo, buscando reduzir a assimetria cognitiva e construir um quadro fático compartilhado apto a sustentar decisões negociais mais racionais. A transação probatória extrajudicial guarda afinidade funcional com os pre-action protocols do direito inglês e com a discovery do direito norte-americano, nos quais a ampliação prévia da cognição das partes favorece taxas significativamente maiores de soluções consensuais. Defende-se que a adoção dessa técnica no contexto brasileiro pode contribuir para o descongestionamento do Judiciário e para a efetivação do direito constitucional de acesso a uma ordem jurídica justa e célere.

Palavras-chave: Probática, Transação probatória extrajudicial, Produção autônoma da prova,

litigious environment, institutional initiatives to promote consensual dispute resolution have intensified, inspired by the access-to-justice debate inaugurated by Mauro Cappelletti and Bryant Garth, which stresses the need for effective mechanisms of rights protection beyond mere access to the courts. Starting from the epistemic function of evidence as an institutionalized form of producing knowledge about facts, this paper advances the concept of extrajudicial evidentiary transaction, grounded in the autonomous production of evidence, as a probatic technique for negotiated dispute resolution. Under this model, the parties, assisted by their lawyers, produce, disclose and validate relevant pieces of evidence outside the judicial process, seeking to reduce cognitive asymmetry and to build a shared factual framework capable of supporting more rational negotiated decisions. The extrajudicial evidentiary transaction bears functional similarities to pre-action protocols in English law and to discovery in United States law, where the prior expansion of the parties' cognition tends to correlate with significantly higher rates of consensual solutions. The paper argues that adopting this technique in the Brazilian context may contribute to relieving court congestion and to giving concrete effect to the constitutional right of access to a fair and expeditious legal order.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Probática, Extrajudicial evidentiary transaction, Autonomous proof production, Negotiated dispute resolution, Access to justice

1 INTRODUÇÃO

Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2024 o Brasil contabilizava cerca de 84 milhões de processos em tramitação, distribuídos por 91 tribunais — mais de 80% deles na Justiça estadual —, o que evidencia um elevado grau de judicialização. Em 2023 foram ajuizados aproximadamente 35 milhões de novos casos e, em 2024, verificou-se incremento de quase 9,5% em relação ao ano anterior (BRASIL, 2024).

Os mesmos dados indicam que, em 2024, a taxa de conciliação na fase de conhecimento alcançou 18%, ligeiramente acima dos 17,8% observados em 2023. Ainda assim, considerando o universo global de soluções consensuais, apenas 12,1% dos processos foram resolvidos por acordo — isto é, de cada 100 feitos, somente 12 terminam por composição, índice ainda distante de um cenário minimamente satisfatório (BRASIL, 2024).

Diante desse volume expressivo de demandas e da persistente baixa taxa de acordos, intensifica-se no Brasil a busca por mecanismos alternativos de resolução de conflitos e por seu aperfeiçoamento institucional. Desde 2006, o CNJ desenvolve política anual de estímulo à resolução consensual de controvérsias, envolvendo Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Federais, com premiação a magistrados e servidores que se destacam na criação, implementação e institucionalização de boas práticas autocompositivas, nos termos da Portaria n. 238, de 23/07/2024, do próprio Conselho.

As políticas e ações do CNJ dialogam com o debate mais amplo sobre acesso à justiça, introduzido no Brasil a partir das pesquisas coordenadas por Mauro Cappelletti, da Universidade de Florença, em parceria com Bryant Garth¹, da Southwestern University, sistematizadas na obra clássica “Acesso à Justiça”. Nesses estudos comparativos, os autores examinaram diferentes sistemas, evidenciando a necessidade de superar a visão restrita de acesso meramente formal ao Judiciário e de estruturar mecanismos efetivos de tutela dos direitos.

Nesse contexto, a função epistêmica da prova — entendida como forma institucionalizada de produzir conhecimento sobre os fatos — assume papel central. O presente trabalho parte dessa dimensão cognitiva para discutir a transação probatória extrajudicial,

¹ Nesta obra, os autores compreendem que o processo judicial, já naquela época de 1970, como sendo um instrumento jurisdicional caro, demorado e centrado em demandas individuais e patrimoniais, onde propuseram os autores três “ondas renovatórias” de ampliação do acesso à justiça. A primeira, voltada à redução do custo do processo e gratuidade de justiça às pessoas economicamente necessitadas. A segunda, dirigida à tutela de direitos supraindividuais. E a terceira, visando à celeridade da tutela jurisdicional, entre outras medidas, o estímulo a ampliação dos meios alternativos de solução de controvérsias. (CAPPELLETTI & GARTH, 1988).

concebida como procedimento fundado na produção autônoma da prova², em ambiente de diálogo cooperativo entre as partes envolvidas em litígio intersubjetivo ainda não judicializado, com vistas à construção de um quadro fático compartilhado apto a sustentar soluções negociadas.

Dessa maneira, o artigo desenvolve investigação teórica, dogmática e prospectiva. Não se propõe a construir, de forma exauriente, o regime jurídico completo da transação probatória extrajudicial, nem a resolver, em extensão monográfica, todos os seus eventuais problemas de procedimento, validade, eficácia e controle. Seu propósito é mais delimitado: identificar, justificar e apresentar a transação probatória extrajudicial como categoria jurídica plausível e útil à ampliação das vias consensuais de tratamento de conflitos, especialmente quando fundada na exibição extrajudicial de provas e na redução da assimetria cognitiva entre os sujeitos da controvérsia. Para tanto, emprega-se metodologia bibliográfica, com abordagem analítico-conceitual e comparativa funcional, suficiente, neste estágio, para demonstrar a coerência teórica da proposta e sua compatibilidade inicial com o sistema jurídico brasileiro.

2 PROBÁTICA: As partes como historiadores dos fatos

Muñoz Sabaté (2012), jurista espanhol, fundou, no final da década de 1960, os estudos sobre a Probática, concebida como ciência autônoma em relação ao processo, que não se restringe à dimensão estrita de regulação legal da prova, já que seu principal objetivo é reconstruir tecnicamente representações dos fatos como prova, por meio de um complexo de atividades ordenadas, de modo que tais representações sejam o mais verossímeis possível em relação ao fato histórico reconstruído, possuindo a seguinte significação etimológica segundo o autor:

O termo << Probática >> corresponde à combinação da palavra <<prova>> com a expressão grega tekhené (arte, técnica). De uma forma descontraída, diremos que não tem nada a ver ou relacionar com a palavra “piscina probática” a qual é a famosa piscina ao templo de Salomão para limpar e purificar o gado em Jerusalém. (SABATÉ, 2012, p. 24, n.21)³

² A produção de prova autônoma, é concebida como produção probatória realizada pelas partes, independente e fora do processo de conhecimento, se enquadrando também neste conceito, por ser de jurisdição voluntária, a prova produzida através da ação probatória autônoma, constante do artigo 381 do CPC.

³ Do original: El término <<Probática>> responde la combinación de la palabra <<prueba>> con la expresión griega tekhné (arte, técnica). De modo anecdótico diremos que nada tiene que ver o relacionarse con la voz <<piscina Probática>> a la que respondía en Jerusalén una famosa piscina adosada al templo de Salomón para limpiar y purificar las reses. (SABATÉ, 2012, p. 24)

Assim, várias atividades inter-relacionadas devem orientar o advogado no desenvolvimento de um processo de reconstrução e verificação dos fatos reconstruídos no interesse da atividade probatória, sendo o advogado o objeto de destaque para o qual o método se dirige (SABATÉ, 2012).

Tal declaração metódica será traduzida em sua << fórmula heurística (FH) >>, vista como o resultado de um << conjunto de complexas atividades intelectuais e materiais geralmente elaboradas pelo advogado da parte proponente, e que é cristalizado na ordenação síntese das provas consideradas necessárias >>. (HERRERA, 2019, p. 26 apud SABATÉ, 1967, p. 69)⁴

A reconstrução do fato, sua criação e inserção no processo, devem dar-se pelas seguintes etapas segundo o autor:

- a) A divisão do fato em partes.
 - b) A busca, localização e interpretação da divisão factual realizada (heurística)
 - c) Análise do interesse jurídico da transferência do colhido para o processo (julgamento de admissibilidade da prova)
 - d) Transferência através do <<meio de prova>>
 - e) A representação do fato histórico da decodificação da mensagem.
- (SABATÉ, 2012, p. 104).⁵

Conforme Keller (2009), percebe-se que a Probática se concebe como ciência:

“ciência” pode ser definida como “um sistema de expressões que pode ser justificado em relação a todos os elementos competentes, sistema que serve para angariar e ordenar os conhecimentos sobre determinado âmbito de coisa segundo determinada perspectiva”. Também os elementos dessa definição carecem ainda de explicitação. “Expressões abarcam frases, regras (por exemplo, também, indicações simbólicas de atuação), fórmulas (por exemplo, também fórmulas estruturais de combinações químicas), além de formas de enunciação, como as empregadas na lógica, mas também signos lógicos e matemáticos, **assim como representações e projetos de modelos gráficos; resumindo tudo que serve para conservar os resultados do processo de conhecimento para além do momento.** (KELLER, 2009, p. 59) (grifo do autor)

A práxis norteia fortemente a Probática, já que um de seus objetivos é explicar a ação humana como assinalado por Sabaté (2012, p. 25, sublinhado do autor) “poderíamos definir a Probática como a ciência que trata dos fatos no processo. O fato é, pois, a unidade o elemento básico fundamental da Probática [...] que estudam os processos de decisão e a solução de um determinado problema”.⁶

⁴ Do original: “Tal exposición metódica se traducirá en su <<fórmula heurística (FH)>>, vista como el resultado de un <<conjunto de complejas actividades intelectuales y materiales elaboradas gueramente por el abogado de la parte proponente, y que se cristalizan en la ordenación sintética de las pruebas consideradas como necesarias>>” (SABATÉ, 1967, p. 69 apud HERRERA, 2019, p. 26)

⁵ Do original: “a) La *estampación* del hecho en el medio. – b) La búsqueda, **hallazgo e interpretación** de dicha estampación (*heurística*) – c) El interés jurídico por traslado de la estampación al proceso (juicio de *admisibilidad* de la prueba) d) El traslado valiéndose de los <<medios de prueba>> - e) La representación del hecho histórico mediante la decodificación del mensaje” (SABATÉ, 2012, p. 104)

⁶ Do original: “podríamos definir la Probática como la ciencia que trata los hechos en proceso. El hecho es, pues, la unidad o elemento básico fundamental de la Probática [...] que estudian los procesos de decisión y la solución de un determinado problema” (SABATÉ, 2012, p. 25).

Na lição de Reale (1994a), sobre a tridimensionalidade do direito, (fato valor e norma), verifica-se a autonomia da Probática diante do Direito Probatório, já que este se encontra no valor e norma e a Probática nos fatos.

Em suma, termo “tridimensional” só pode ser compreendido rigorosamente como traduzindo um processo dialético, no qual o elemento normativo integra em si e supera a correlação fático axiológica, podendo a norma, por sua vez, converte-se em fato, em um ulterior momento do processo, mas somente com referência e em função de uma nova integração normativa determinada por novas exigências axiológicas e novas intercorrências fáticas. Desse modo, quer que se considera a experiência jurídica estaticamente, em sua estrutura, quer em sua funcionalidade, ou projeção histórica, verifica-se que ela só pode ser compreendida em termos de normativismo concreto, consubstanciando-se nas regras de direito da gama de valores, interesses e motivos de que se compõe a vida humana, e que o intérprete deve procurar captar, não apenas segundo as significações particulares emergentes da “práxis social,” mas também na unidade sistemática e objetiva do ordenamento vigente. (REALE, 1994a, p.77).

Sendo a definição de fato segundo Reale (1994a):

Em O Direito como Experiência, dedico atenção especial ao conceito de **“fato no direito”**, mostrando que ele envolve tanto aquilo que acontece, independentemente da iniciativa humana, mas adquire significado *“inter homines”* (o fato de alguém nascer, por exemplo, sem que tenha havido o propósito de gerar), como aquilo que intencionalmente é feito e se refere *“ad alios”*. “Fato” e, por conseguinte, é uma palavra que corresponde tanto ao participio passado *factum*, de *fieri* (acontecer), como de *facere* fazer). Na mencionada obra, assim como em Experiência e Cultura, lembro que, à luz da Epistemologia contemporânea, **não há fato bruto ou fato puro, pois todo fato já implica um angulo de captação, certa colaboração teórica que torna possível a sua compreensão intelectual. Desse modo, o fato, e notadamente o fato de que cuida o jurista, é algo que somente o é enquanto se situa no envolver da história, recebendo significado no contexto ou na estrutura em que ele ocorre** (REALE, 1994a, p. 95). **(grifo do autor)**

Diante disto, o Direito Probatório⁷, pode ser definido como: ***“um espaço democrático normativo de reconstrução dos fatos em contraditório, objetivando a solução de um litígio”***.

O direito probatório, portanto, possui normas procedimentais e processuais quanto a produção e aplicação da prova no espaço do processo, estruturado no contraditório, independente da matéria, seja essa cível, administrativa trabalhista ou penal, já que a jurisdição é una, variando regramento e a matéria, nesse sentido:

Costuma-se falar em jurisdição cível, penal ou trabalhista, divisão nitidamente vinculada ao ramo do direito cujas regras são aplicadas preponderantemente na solução do caso concreto submetido à apreciação do estado, mediante pronunciamento jurisdicional gerado em contraditório no processo. Entendemos que essas caracterizações são desprovidas de rigor científicos, porque a jurisdição é una e indivisível. Estamos de acordo com o pensamento doutrinário que não admite divisões ou fracionamentos da jurisdição, face ao seu conceito unívoco, porque, se a jurisdição é exercício de atividade-dever pelo Estado, forçosamente há de ser única, sendo ilógico e contraditório conceber-se existência de várias jurisdições no mesmo estado, até porque, sublinhe-se, jurisdição é função essencial do Estado, para a realização do direito em sua totalidade. (BRÊTAS, 2018, p. 49)

⁷ Há um processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na “simétrica paridade” da participação, nos atos que prepararam o provimento, daqueles que nele são interessados. (PLÍNIO, 1992, p. 115)

Estabelecidas as diferenças entre Probática e o Direito Probatório, sob o ponto de vista topológico é possível estabelecer diferenças conceituais da prova, onde sob a dimensão do Direito Probatório pode ser concebida como: um argumento sobre um fato, justificado por algum meio e fonte em contraditório, nesse sentido Carnelutti (2016) e Couture (2008), definem prova como meio de controle de proposições que os litigantes formulam em juízo, objeto do direito probatório.

Sob a dimensão da Probática, pode ser concebida como: a representação dos fatos articulados por algum meio e fonte de conhecimento em verossimilitude ao fato histórico articulado, ou seja, um saber, nesse sentido Abbagnamo (2003) *apud* Pereira (2010):

A prova, em sentido geral, segundo N. Abbagnamo (2003, p. 8050) é todo “procedimento apto a estabelecer um saber, isto é, um conhecimento válido. Constitui prova todo procedimento desse gênero, qualquer que seja sua natureza: mostrar uma coisa ou um fato, exhibir um documento, dar testemunho, efetuar uma indução são provas tanto quanto demonstração da matemática e da lógica. Portanto, esse termo é mais extenso que demonstração: as demonstrações são prova, mas nem todas as provas são demonstrações”. Segundo o autor, referindo-se a esse conceito, explica que ele foi estabelecido em **sentido restrito por Aristóteles, para quem a prova é o que produz saber, diversamente do indício que proporciona apenas conhecimento provável**. (ABBAGNAMO, 2003, *apud* PEREIRA, 2010, p. 250) **(grifo do autor)**

No direito probatório, busca-se verificar a validade dos argumentos, enunciados, declarações em confronto com as provas (representações) produzidas em contraditório, já na Probática, o objetivo é a reconstrução verossímil do fato histórico, por meio da cognição dos meios e fontes disponíveis, por vezes de forma empírica, operando distinções, estabelecendo correlações, criando instancias logico explicativas de forma guardar a maior aproximação a realidade constatada, transcendendo a dimensão jurídica procedimental.

Alinhado a esta ideia, Carnelutti (2016, p. 141) pondera que a representação é uma abstração da realidade e “[...] ela desperta a ideia de um fato, o qual justamente constitui seu equivalente sensível. O mecanismo da representação está na substituição de um fato por outro como objeto de percepção para determinar a mesma ideia”.

Portanto, o que se conhece não é o fato em si, a realidade pura, sem o vício dos sentidos, e sim, o que é possível apreender da realidade, por isso verossímil, que está intimamente ligada a capacidade do ser humano de julgar as qualidades e atributos de determinado fenômeno e de explicá-lo, haja vista que somente é possível conhecer fatias da realidade que se pretende explicar, conforme expresso em Aristóteles, citado por Bittar (2003).

Faz-se muito comum em relação ao Direito Probatório, a analogia do juiz historiador, já que a partir do conjunto probatório construído em um dado processo o juiz está implicado na compreensão dos fatos históricos narrados no processo de forma imparcial, assim como um historiador, e diferente das partes que estão no processo adstritas ao seu ônus probatório, em

aderência a conflito de interesses instalado, o que afasta as partes no processo de uma posição imparcial típica do historiador, assim acentua Taruffo, (2016):

Um aspecto relevante de toda e qualquer atividade de caráter epistêmico diz respeito à determinação e à posição dos sujeitos que desenvolvem essa atividade. Em muitas áreas do conhecimento isso não cria problemas particularmente graves: o conhecimento histórico é obra do historiador, e o conhecimento científico é, dependendo do caso, obra do biólogo, do químico, do físico e assim por diante. Pode-se discutir – e, com efeito discute-se – sobre a natureza da validade dos métodos que esses aplicam no desenvolvimento de suas pesquisas, de modo que o <<verdadeiro>> historiador, é aquele que aplica corretamente as regras do método historiográfico, e o <<verdadeiro >> cientista é aquele que aplica corretamente as regras do método científico. Não parece dúvida, todavia, que todos esses sujeitos tenham em comum o escopo de busca da verdade. (TARUFFO, 2016, p. 196)

Já, na Probática, é possível também uma aproximação das partes com o historiador, já que como atividade epistêmica, que as partes têm como objetivo genuíno, a reconstrução dos fatos de forma verossímil, havendo comprometimento com o procedimento probatório fundado na reconstrução dos fatos, permitindo nesse ponto esta aproximação das partes com historiadores em procedimentos baseados na Probática.

3 DA TOMADA DE DECISÃO BASEADA NO CONHECIMENTO AMPLO E EQUITATIVO DOS FATOS

Conforme dados do CNJ, no ano de 2024 a conciliação na fase de conhecimento foi de 18%, um pouco acima dos 17,8% do ano de 2023, em que pese os esforços, o número de soluções negociadas no Brasil ainda é baixo, considerando que o índice global de conciliação, ficou em 12,1% — ou seja, a cada 100 processos, apenas 12 são resolvidos por acordo. (BRASIL, 2024)

O Código de Processo Civil de 2015, prescreve a realização de audiências conciliatórias, antes da apresentação da resposta pelo requerido, (artigo 334)⁸, com o objetivo de estimular a resolução dos conflitos por meios consensuais antes do início e desenvolvimento do processo de conhecimento.

O objetivo, aqui, não é desenvolver exegese do art. 334 do CPC, mas apenas utilizá-lo como exemplo para reforçar a hipótese de que a tomada de decisão sem mútua amplitude probatória — isto é, sem conhecimento amplo e relativamente equitativo das partes sobre os fatos em litígio — contraria as teorias contemporâneas da decisão e tende a dificultar soluções negociadas nessa fase processual, tal como hoje estruturada.

⁸ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. (Trecho da lei 13.105 de 2015).

Embora o CNJ não forneça estatísticas específicas sobre o número de conciliações realizadas nas audiências do art. 334 do CPC, o simples fato de se privilegiar a tentativa de acordo no início do processo, antes mesmo da apresentação de resposta pelo réu, ilustra a hipótese defendida neste estudo: a decisão tomada em situação de desigualdade epistêmica está dissociada dos modelos de decisão fundados na cognição humana⁹, como se verá a partir de dois exemplos não exaustivos.

1. O autor de uma ação, em posição epistêmica unilateral, e de incerteza e ignorância em relação à parte requerida, tende a ter confiança no que articulou e nas provas colacionadas aos autos, enquanto não conhecer a resposta e as provas do requerido, supondo neste caso, em termos probabilísticos ter grandes chances de vencer a demanda, motivo pelo qual não tem estímulo em realizar um acordo, sendo difícil neste ponto a conciliação com o requerido.
2. Em relação ao requerido, este tem a prerrogativa da surpresa, ainda não apresentou suas razões e suas provas, tende a achar que tendo conhecimento antecipado das alegações do requerente, e com tempo de resposta, poderá surpreender o autor, acreditando possuir maior probabilidade de vencer a demanda, o que pode implicar em dificuldades em realizar um acordo nesta fase inicial.

Kahneman (2012), aduz que em se tratando da tomada de decisões, temos uma dificuldade em assumir riscos, sendo nossas decisões baseadas no que ele denomina de WYSIATI¹⁰, acrônimo que se refere as iniciais em inglês de: “o que você vê é tudo que há”, o que gera vieses de julgamento e escolhas, impactando fortemente decisões em casos jurídicos, a exemplo do viés da superconfiança, representados pelos exemplos acima, conforme acentuado por Kahneman, (2012):

Superconfiança (overconfidence): Como a regra WYSIATI dá a entender, nem a quantidade, nem a qualidade da evidência contam muito para a confiança subjetiva. A confiança que os indivíduos depositam em suas crenças depende principalmente da qualidade da narrativa que podem contar acerca do que veem, mesmo se veem pouco. Muitas vezes deixamos de levar em conta a possibilidade de que a evidência que deve ser crítica para o nosso julgamento esteja faltando – o que vemos é tudo que há. Além do mais, nosso sistema associativo tende a se acomodar em um padrão coerente de ativação e de dúvida e ambiguidades suprimidas. (KAHNEMAN, 2012, p. 114)

A tomada de decisão em casos jurídicos, se funda também pelos cálculos indutivos e probabilísticos¹¹, partindo do particular ao geral, sendo possível afirmar, lembrando o

⁹ No que toca as teses psicologistas, há que reconhecer que em certo sentido não deixam de ter um fundo de verdade. É lícito olhar para a decisão judicial como uma subespécie de decisão que, enquanto tal, enferma dos mesmos problemas e é suscetível de análise com os mesmos instrumentos que se aplicam em geral a formação dos juízos e decisões humanas. As modernas teorias de comportamento têm vindo, por exemplo, a reconhecer um crescente grau de importância ao afeto como componente importante do juízo humano e da tomada de decisão. Ficou, de resto, famosa a justificação teórica deste papel do afeto na tomada de decisão levada a cabo por Antônio DAMÁSIO, na sua obra *O Erro de Descartes: Emoção, razão e o cérebro humano*. O que se procurou aí demonstrar e que a evidência científica contraria o suposto cartesiano de separação entre razão e estímulos emocionais. Pelo contrário, conclui-se que os marcadores somáticos aumentam a precisão e eficácia do processo de decisão e a sua ausência degrada o desempenho decisório. *Mutatis mutandis*, também a decisão judicial não pode explicar-se por critérios de estrita racionalidade, já que intervêm aí seguramente outros fatores, mais sutis, até mesmo imperceptíveis ao próprio julgador (CALHEIROS, 2015, p. 177).

¹⁰ WYSIATI – “what you see is all there is” (KAHNEMAN, 2012, p. 112)

¹¹ Dedução, indução e abdução são raciocínios relacionais formadores de crenças. Na dedução hipostasia, a ocorrência de um fato pelas suas consequências previsíveis, já na indução hipostasia, a ocorrência de um fato

exemplo do artigo 334 do CPC, que as partes resistem à conciliação, porque não podendo efetuar um exame prévio do possível conteúdo probatório de seu adversário, tendem a não assumir riscos de um acordo, já que só conseguem avaliar suas probabilidades de êxito através de suas provas, sem qualquer confronto probatório, sendo o momento da audiência de conciliação do artigo 334 do CPC, epistemicamente inadequado, nesse sentido leciona Greco, (2012):

“A primeira providência seria a instauração de um procedimento ordinário verdadeiramente bifásico, tal como adotado recentemente na Espanha e na Finlândia, caracterizado pela criação de dois momentos decisórios culminantes, a audiência preliminar e a audiência final de instrução e julgamento, e a eliminação mais extensa possível da fragmentação do procedimento em uma série infundável de decisões intermediárias. A preparação da primeira seria antecedida dos articulados de ambas as partes, a complementação do contraditório em relação às defesas indiretas arguidas pelo réu e a proposição em concreto pelas partes das provas que pretendem produzir, apontando os fatos cuja demonstração com elas pretendem obter, de tal modo que o juiz na primeira audiência, com a colaboração das partes, caso frustrada a conciliação, fixe as questões de fato e de direito que devam ser objeto da decisão final, esclarecendo com elas eventuais dúvidas, e determinando então as provas a serem produzidas e a sequência dos atos a ser adotada” (GRECO, 2012, p. 273-308).

Uma posição epistêmica unilateral impede a criação de conhecimento interpartes. Evidências produzidas sem qualquer contraste com as provas da parte contrária — como frequentemente ocorre na dinâmica do art. 334 do CPC — revelam que, na ausência de mobilidade cognitiva, de preenchimento das lacunas epistêmicas e das conversões de conhecimento¹² necessárias à decisão conjunta, os litigantes tendem a permanecer “onde estão”. Nesses termos, celebrar um acordo significa assumir riscos cuja dimensão não é conhecida, o que desestimula, em vez de incentivar, a construção de soluções negociais para o conflito.

A relação entre conhecimento explícito e conhecimento explícito é denominada de Combinação (NONAKA; TAKEUCHI, 1997). No caso da prova, será refletida pela relação orgânica entre as várias espécies de provas que serão produzidas, (CARNELUTTI, 2016) como acontece na prática, divididas e combinadas conforme sua qualidade formal e material, ou seja, prova direta (prova do fato) e indireta (vestígios, evidências e indícios), ou pelo meio que se faz representar (espécies de prova), provas científicas, documentais, testemunhais e digitais, por exemplo, que terão como objetivo demonstrar, de forma combinada, o grau de aproximação lógica da ocorrência ou inexistência de um fato ou relação jurídica. (VIEIRA, 2023, p. 159)

Seja em um ambiente jurídico voltado a tomada de decisão como o caso da conciliação e mediação ou no nosso cotidiano em geral, decidir sobre algo implica em acessar o maior número possível de informações sobre o caso a ser decidido, de forma a dimensionar problemas, ameaças e oportunidades na circunstância estabelecida, nesse sentido, aponta Choo, (2011):

particular como universal, ao passo que, na abdução, usa-se a ocorrência de um determinado fato para a postulação de várias hipóteses de sua ocorrência que serão posteriormente verificadas. (VIEIRA, 2023, p. 159)

¹² [...] a interação entre o conhecimento tácito e o conhecimento explícito conduz quatro modos diferentes de conversão, sejam eles relativos à produção de prova ou não. São assim denominados: Socialização, Externalização, Combinação e Internalização. Esses modos são advindos da obra de Nonaka e Takeuchi (1997). (VIEIRA, 2023, p. 158)

A tomada de decisões na organização requer informações capazes de reduzir a incerteza de no mínimo três maneiras. Primeiro, a informação é necessária para estruturar uma situação de escolha. Limites são traçados para delimitar o espaço problemático no qual as soluções serão buscadas, os participantes serão solicitados e as influências serão exercidas. Em grande medida, a estruturação de um problema determina os tipos e o conteúdo das informações que serão necessárias para a tomada de decisão. Em segundo lugar, a informação é necessária para definir preferências e selecionar regras. Múltiplos interesses e objetivos são esclarecidos, conciliados e expressos na forma de critérios de escolha. Regras são ativadas mediante a comparação entre informações que descrevem situações conhecidas e reações aprendidas. Em terceiro lugar, são necessárias informações sobre alternativas viáveis e suas possíveis consequências. Em alguns modos de tomada de decisões, grande parte da busca de informação visa identificar, desenvolver e avaliar diversos cursos de ação. (CHOO, 2011, p. 295)

Possuindo maior previsibilidade do que vai acontecer, e ciente da limitação de suas pretensões, as partes em litígio, calculando os prejuízos e vantagens ante ao prosseguimento do litígio, estarão cognitivamente mais confortáveis e preparadas, a propor ou aceitar uma solução negociada.

A qualificação da prova como elemento de mediação e conciliação depende de sua amplitude epistêmica, no sentido de mobilizar a cognição das partes, possibilitando a tomada de decisão baseada no conhecimento amplo e equitativo dos fatos como elemento facilitador a consideração das partes pela busca de uma solução negociada aos seus conflitantes.

4 TRANSAÇÃO PROBATÓRIA EXTRAJUDICIAL COMO UMA FORMA DE ACESSO A JUSTIÇA DE MULTIORTAS

Nos anos 1970, discutiu-se fortemente, na Europa e na América do Norte, formas de acesso à justiça, chegando este debate ao Brasil através de estudos comparativos de sistemas judiciários, pelo professor Mauro Cappelletti, da Universidade de Florença, em conjunto com o professor estadunidense Bryant Garth, na obra intitulada “Acesso à Justiça”.

O objetivo era ampliar o acesso à justiça, pelo que se denominou na década de 1970, ADR (Alternative Dispute Resolution), inicialmente visando disputas de baixa complexidade, nesse sentido preleciona Humberto Theodoro Júnior *et al.*, 2015.:

O efeito mais imediato das ADR seria aliviar o maquinário oficial da justiça civil, que é simplesmente incapaz, do ponto de vista quantitativo, de atender a uma crescente ‘exigência de justiça’. Por outro lado, é também importante compreender a ideia de que a justiça não pode necessariamente ser encontrada apenas nos tribunais, mas que pode ser encontrada ‘em muitas salas’; e a ideia de que certas técnicas de ADR, em especial a mediação, servem ao objetivo de diversificar e enriquecer a oferta de justiça, e são mais adequadas para garantir uma solução satisfatória de certas categorias de disputas legais. (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2015, p. 244)

Cappelletti estruturou o acesso à justiça em três momentos ou ondas, sendo a primeira referente ao “Acesso à Justiça”, com a promoção de reformas institucionais dos órgãos relacionados ao sistema de justiça para assistência jurídica as pessoas hipossuficientes, a segunda onda refere-se à ampliação dos direitos difusos e coletivos, e a terceira onda, a que nos

interessa, se constitui em possibilitar o acesso à “justiça” por formas não convencionais de solução de disputas, sem a necessária intervenção do judiciário.

Instituiu-se, portanto, a visão de superação do monopólio do Poder Judiciário como único caminho de solução de conflitos, possibilitando um universo de meios de soluções negociadas de conflito, como forma de “Acesso à Justiça”, conforme acentuado por Jayme *et al.*, 2024:

Com a superação do sentido restritivo da expressão “acesso à justiça” (de que a solução de conflitos se daria unicamente por intermédio de instituições governamentais ou estatais) ocorrida por obra do Projeto Florença – coordenado por Cappelletti – abriu-se o horizonte para vislumbrar (ou mais precisamente, resgatar) as modalidades de obtenção de justiça em diversos arranjos institucionais, ampliando-se o leque de “acessos” outrora existentes e lançando bases e lançando as bases profundas transformações no estudo e institutos dedicados ao tema, bem como no próprio direito processual civil contemporâneo. (JAYME *et al.*, 2024, p. 134)

Feitas tais considerações, destaca-se que não existe qualquer óbice legal para que as partes em pleno exercício da autonomia da vontade, produzam suas provas de forma negociada, em paridade técnica e informacional, com o objetivo de buscarem soluções aos seus conflitos, em verdadeiro “Acesso à Justiça” de Multiportas.

A autonomia da vontade, tem guarida no artigo 5º, II¹³ da Constituição Federal, artigo 104¹⁴ do Código Civil, e artigos 373, §3 e § 4¹⁵, 487, III, “b”¹⁶ do Código de Processo Civil, permitindo que os sujeitos da relação jurídica, criem, modifiquem ou extingam de forma negociada relações jurídicas, de acordo com suas vontades individuais, ressalvados os casos defesos em lei, como o caso de direitos indisponíveis irrenunciáveis e as condicionadas a cláusula constitucional de reserva de jurisdição.¹⁷

O fato de as partes poderem negociar a solução de seus conflitos intersubjetivos, vai ao encontro do contido no artigo 6º do Código de Processo Civil, que prescreve o dever de cooperação, que visa a obtenção em tempo razoável de decisão de mérito justa e efetiva,

¹³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (Trecho da Constituição Federal).

¹⁴ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei. (Trecho da lei 10.406 de 2002).

¹⁵ Art. 373. O ônus da prova incumbe: § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo. (Trecho da lei 13.105 de 2015).

¹⁶ Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: III - homologar: b) a transação; (Trecho da lei 13.105 de 2015).

¹⁷ A cláusula constitucional da reserva de jurisdição - que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) - traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força normativa que o cidadão exerce de modo privado tais atribuições.

entendendo-se aqui como justa, conforme acentuado por Jayme *et al.*, 2024, a solução possível, que põe fim a um litígio.

Buscar soluções negociadas a conflitos intersubjetivos, sem a histórica e compulsiva adoção da jurisdição como intermediadora, emerge como necessidade de desenvolvimento do processo civilizatório, pois buscar soluções negociadas como primeira via, exige maturidade social em exercício da cidadania, tornando possível ao cidadão conquistar sua própria felicidade, ou como no presente caso, sua própria justiça.

Grande parte das lutas da humanidade centralizam-se em torno da tarefa única de encontrar uma acomodação conveniente – isto é, uma acomodação que traga felicidade – entre essa reivindicação do indivíduo e as reivindicações culturais do grupo, é um dos problemas que incide sobre o destino da humanidade é o de saber se tal acomodação pode ser alcançada por meio de alguma forma específica de civilização ou se esse conflito é irreconciliável. (FREUD, 2006, p. 102)

Ainda como acentua Jayme *et al.*, 2024:

Destarte, na atual quadra da História, parece que cada dia mais plausível que o exercício adequado da cidadania não consiste numa imediata e açodada de judicialização de todo e qualquer conflito, mas sim, na busca, num primeiro momento de outras soluções auto e heterocompositivas, voltadas a trabalhar a controvérsia ao invés de, compulsivamente, buscar eliminá-la – sem prejuízos de que, ao longo do trâmite, o judiciário seja acionado em caso de violações de garantias constitucionais, conforme ressalta Mancuso. (JAYME *et al.*, 2024, p. 146)

Soluções negociadas a conflitos intersubjetivos não comportam uma cidadania “solipsista”, ou ações unilaterais e isoladas dos indivíduos na sociedade, mas sim o exercício de uma cidadania coparticipativa, pois a democracia é exercida pelo povo, conjunto de pessoas que ocupam um território e exercem poder sobre ele¹⁸, motivo pelo qual, são corresponsáveis pelas soluções de problemas do estado.

Tendo em vista o “Acesso à Justiça” de Multiportas, que estimula a solução negociada de conflitos e sem a necessária intervenção da jurisdição, é possível ampliar a interpretação do artigo 6º do CPC para fora do processo jurisdicional, estendendo o dever de cooperação aos negócios jurídicos privados, já que estes regem-se pela boa-fé e pela razoável negociação das partes sobre as questões discutidas, considerando as informações disponíveis no ato da celebração, conforme preceituam os artigos, 104¹⁹, 113, §1º III e IV²⁰ do Código Civil.

¹⁸ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, Preâmbulo, 1988)

¹⁹ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: (Trecho da lei 10.406 de 2002)

²⁰ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. III - corresponder à boa-fé; V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. (Trecho da lei 10.406 de 2002)

No âmbito negocial, boa-fé implica em uma posição honesta, frente aqueles que se pretende a resolução do negócio, exigindo uma posição reflexiva e cooperada das partes envolvidas, sendo um dos atores de destaque a este objetivo, o advogado, como se observa do contido no artigo 133²¹ da Constituição da República, e nos artigos 2º, §1º²², do Estatuto da Advocacia, pois sendo indispensável a administração da justiça, possui no seu exercício função social, sendo o advogado um verdadeiro agente de pacificação social, mediando conflitos e colaborando na busca de soluções negociadas a litígios.

Nesse sentido, o advogado é o indicado a auxiliar as partes extrajudicialmente, prestando auxílio técnico àqueles que se encontram em litígios intersubjetivos, e buscam uma solução negocial aos seus conflitos.

Vislumbra-se a partir deste ponto, inspirado nos sistemas processuais do common law, os quais estabelecem fases pré-processuais (*pre-action protocols* no sistema inglês)²³ e de revelação ou produção de provas (os procedimentos de *discovery* e *disclosure*)²⁴, a produção autônoma da prova²⁵, com mínima intervenção estatal, podendo vir a ser um importante instrumento às soluções negociadas no Brasil, com auxílio inclusive da ação probatória autônoma, procedimento de jurisdição voluntária que se faz necessário, quando a produção probatória não se realiza pela via extrajudicial, conforme previsão constante do artigo 381 do CPC.²⁶

²¹ Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. (Trecho da Constituição da República)

²² Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. § 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social. (Trecho da lei 8.906 de 1994)

²³ Tais protocolos, num total de treze – doze específicos e um genérico – estabelecem o modo como deve ocorrer a troca de informações entre as partes, no período em que o titular de um direito lesado, ou em vias de sê-lo, ainda não formulou pedido de tutela jurisdicional, portanto, propício a uma solução consensual. Os *pre-action protocols* configuram acordos entre as partes de forma prévia ao início de uma contenda judicial, os quais devem ser observados pelos litigantes e viabilizam uma série de providências, concernentes em prestação de informações, exibição de documentos e até a possibilidade de realização de exames e inspeções. (ABREU, 2024, p. 128)

²⁴ O procedimento da *discovery*, correspondente a uma fase de conhecimento preventivo das questões de natureza puramente probatória, visa à prévia exposição dos elementos de prova disponíveis às partes, a fim de que estas possam tomar decisões de aperfeiçoamento da sua estratégia processual ou dela desistir em prol de uma solução consensual, contando com o máximo possível de informações[...] A partir do ano 2000, o sistema estadunidense passou a dispor de um instrumento denominado *initial disclosure*, pelo qual as partes têm a obrigação de revelar certas informações específicas, mesmo em momento anterior ao requerimento de *discovery*. Os itens a serem revelados, insertos na Rule 26(a), representariam a questão central da controvérsia. Há quem afirme, no entanto, que a *disclosure* do sistema estadunidense determina apenas a revelação de informações de nítido interesse das partes, sendo menos abrangente que o mecanismo homônimo do sistema inglês (ABREU, 2024, p. 126-127)

²⁵ “Ôntico”, na filosofia de Martin Heidegger, refere-se ao ente que está em via de Ser. Sendo o Ser, um ente de possibilidades existenciais, onde em relação a prova, esta somente será prova quando sua possibilidade de existência como tal se consumir na estrutura normativa do processo, saindo de sua possibilidade de Ser (Ôntica), suporte informativo – mera possibilidade de prova, para Ser, (Ontológico) uma prova. (VIEIRA, Probática. op. cit., p.121)

²⁶ Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; II - a prova a ser

O procedimento de criação probatória promove uma alteração substancial e categoria das provas que são produzidas de forma previa e particular, pois, quando submetidas ao processo, saem da categoria Ôntica (prova *lato sensu*) para a categoria ontológica (prova *stricto sensu*), haja vista que, submetidas ao contraditório, possibilitam aferir sua validade e testabilidade, deixando de ser conhecimento probatório no sentido meramente informativo. (VIEIRA, 2023, p. 177)

Veja que o conhecimento das provas, que repercutem no traçado da questão em litígio, é um elemento facilitador, de soluções negociais extrajudiciais, tanto é que tal previsão está contida no artigo 381, II, III do CPC, em verdadeiro exercício a autonomia da vontade, e “Acesso à Justiça” de Multiportas, como apontado por Flávio Luiz Yarshell:

[...] quanto maior a amplitude da cognição prévia acerca da controvérsia, desde que preservados critérios racionais, mais se pode exigir eticamente das partes em juízo, relativamente ao dever de veracidade. Além disso, a hipótese inicialmente fixada foi confirmada pela demonstração de que verdadeira colaboração ou cooperação dos sujeitos parciais é dada quando lhes é possível, de alguma forma, pré-constituir prova. (YARSHELL, 2009, p. 442)

Nesse sentido, presumindo um procedimento extrajudicial, baseado na boa-fé e na cooperação, objetivando a solução negociada de um determinado conflito, este deve guiar-se, ao menos, por quatro fases epistêmicas que possibilitem a representação de fatos articulados por algum meio e fonte de conhecimento em verossimilhança ao fato histórico articulado, que se expressam por: Informação Mútua – Descoberta – Diálogo – Resolução.

Diante do dever de boa-fé e cooperação, na primeira fase, as partes devem informar-se mutuamente, revelando e exibindo os elementos de prova dos quais disponham ou possam dispor, mesmo que desfavoráveis aos seus interesses, identificando também eventuais necessidades probatórias.

Havendo necessidades probatórias, as partes devem realizar procedimentos de Descoberta para preenchimento das lacunas fáticas do caso concreto, como perícias extrajudiciais, convite a pessoas para prestar declarações sobre fatos conhecidos que possam auxiliar na compreensão do caso, coleta de documentos e informações, tudo extrajudicialmente, por meio de buscas em fontes abertas, a exemplo de órgãos públicos e sítios com informações disponíveis.

Havendo reserva de jurisdição, poderá fazer-se uso da ação probatória autônoma, artigo 381 do CPC, bem como fazer uso do constante no artigo 10²⁷ da Lei 12.527, de 2011 (Lei de Acesso à Informação), ainda do habeas data Lei n. 9.507/1997.²⁸

produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação. (Trecho da lei 13.105 de 2015)

²⁷ “Art. 10. Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1. desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida” (Trecho da Lei 12.527 de 2011).

²⁸ Em verdade, a possibilidade de requisição de informações encontra reflexo no direito de informação e no direito de certidão contidos no art. 5., XXXIV, *b*, da Constituição Federal, sempre que necessária para a defesa de direitos ou esclarecimentos de situações pessoais do interessado e até mesmo no *habeas data* (art. 5., LXXII, da

O grande desafio é como buscar essas informações, pois as possibilidades são infinitas em face a grande quantidade de páginas disponíveis com fontes abertas por todo o mundo. Alguns países, como EUA, Canada, Australia, já se encontram mais adiantados nessa seara, criando agências para tal, com sites de acesso exclusivo aos integrantes da comunidade de inteligência e com o desenvolvimento de softwares para facilitar sua busca (BARRETO; WENDT; CASELLI; 2017, p. 60).

Após finalizada a produção de provas, as partes dialogarão sobre os achados e sua repercussão no caso em análise, fazendo uso do auxílio técnico de seus advogados, para ao final chegarem a uma resolução que ponha fim ao litígio intersubjetivo, sendo o pactuado levado a termo na forma de título executivo, que poderá ser homologado judicialmente, para que, em caso de descumprimento, as obrigações assumidas e as penalidades pactuadas sejam adjudicadas por meio do uso da jurisdição.

Veja, a resolução de conflitos baseada na produção de provas, traz algumas vantagens, como: do ponto de vista cognitivo, possibilita as partes conhecerem melhor a extensão fática do litígio, o que facilita uma autocomposição negociada sem a intervenção da jurisdição, evita despesas processuais, inclusive a sucumbência em caso de derrota em uma ação judicial, prepara mais adequadamente as provas, e o delineamento fático, caso seja necessário a intervenção da jurisdição.

O exemplo inglês dos *pre-action protocols* são estimulantes ao uso da prova na fase extrajudicial, pois conforme acentua Abreu, (2024), estima-se o atingimento de soluções autocompositivas em mais de 60% dos casos, nesse sentido, Neil Andrews:

O processo da discovery funciona como um poderoso instrumento de acesso que gera justiça, abertura e igualdade na máquina da Justiça Civil Inglesa. Permite que cada parte se informe ou se torne apta a adquirir informações sobre toda a evidência material relevante, esteja ela na posse da parte opositora ou não; garante que, na medida do possível, não deve haver surpresas antes ou durante o julgamento; revela às partes os pontos fortes e fracos das respectivas causas, portanto produz equidade processual entre elas; e encoraja acordos justos e favoráveis, encurta a duração dos julgamentos e poupa custos. (ANDREWS, Neil, 2009, p. 127).

Fica claro que a produção autônoma da prova, fundada na boa-fé e na cooperação das partes é um poderoso mecanismo, para estímulo a realização de soluções negociadas de conflitos intersubjetivos sem a intervenção da jurisdição,

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os dados do CNJ revelam que o número global de soluções negociadas no âmbito dos tribunais brasileiros permanece em torno de 12,1% — em termos simples, de cada 100 processos apenas 12 são encerrados por acordo, patamar ainda claramente insuficiente diante da sobrecarga estrutural do sistema de justiça brasileiro, que conta atualmente com milhões de processos ativos.

CRFB55 e Lei n. 9.507/1997). (SILVA, 2020, p. 507).

Do ponto de vista epistêmico, o exemplo do art. 334 do CPC não favorece, em regra, uma conciliação racionalmente informada. As partes são chamadas à audiência antes de conhecerem, de modo minimamente simétrico, a extensão fática da controvérsia e o potencial probatório recíproco, o que gera anos de prestação jurisdicional e custos significativos ao Estado e aos jurisdicionados que poderiam ser mitigados se houvesse, previamente, um espaço estruturado de produção e partilha da prova.

O debate sobre acesso à justiça, introduzido entre nós a partir das pesquisas de Mauro Cappelletti e Bryant Garth na obra “Acesso à Justiça”, evidenciou a necessidade de repensar o modelo de tutela de direitos para além do mero ingresso em juízo. As ondas de acesso descritas pelos autores inspiraram a criação de instrumentos voltados à superação da litigiosidade massiva, mas não eliminaram o núcleo do problema cognitivo: a profunda assimetria na construção dos fatos que embasam a decisão.

Nesse cenário, observa-se, ainda que de forma gradual, um avanço cultural no desenvolvimento do processo civilizatório, com maior valorização de soluções negociadas como primeira via legítima de resposta ao conflito, em pleno exercício da cidadania e sob a ótica da corresponsabilidade das partes na construção do resultado.

A solução negociada de conflitos, quando fundada na produção autônoma da prova e na efetiva disposição cooperativa das partes em situação potencialmente litigiosa, tende a ser qualitativamente distinta. A transação probatória extrajudicial pressupõe que os interessados compreendam os elementos probatórios disponíveis, sujeitem-se a deveres de lealdade — com sanções para ocultação estratégica de evidências relevantes — e atuem sob orientação técnica de seus advogados, o que converte o procedimento em verdadeiro facilitador de resoluções negociais mais estáveis e racionais.

O aporte da Probática, enquanto técnica de reconstrução extrajudicial dos fatos em litígios intersubjetivos, permite o exaurimento mínimo da cognição dos envolvidos acerca dos acontecimentos relevantes e de sua controvérsia, por meio da revelação, coleta e produção de provas de forma autônoma e cooperativa. A redução de “surpresas probatórias” e a busca de uma posição de maior igualdade epistêmica entre as partes favorecem a formação de um juízo mais prudente sobre as vantagens de um acordo e os riscos inerentes à submissão do conflito ao processo judicial.

A difusão dessa inovação exige um processo de aculturação institucional, mas pode trazer resultados expressivos no contexto brasileiro, à semelhança do que se verifica com os *pre-action* protocols no direito inglês e com a *discovery* no direito norte-americano. Ao contribuir para o descongestionamento do Judiciário e para a efetivação do direito

constitucional de acesso a uma ordem jurídica justa e célere, a transação probatória extrajudicial se apresenta como uma porta qualificada dentro do conjunto de possibilidades de tratamento dos conflitos intersubjetivos, reafirmando o ideal de acesso à “justiça” em perspectiva material.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Rodrigo. *Produção antecipada de prova: limites à produção autônoma e não-urgente de provas no processo civil*. Londrina: Thoth, 2024.
- ALMEIDA, C. L. *Elementos da teoria geral da prova: a prova como direito humano e fundamental das partes no processo judicial*. São Paulo: LTr, 2013.
- ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.
- BARRETO, A. G.; WENDT, E.; CASELLI, G. *Investigação digital em fontes abertas: busca de dados em redes sociais, coleta de informações na deep web, análise de metadados*. 2. ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2017.
- BITTAR, E. C. B. *Curso de Filosofia Aristotélica: leitura e interpretação do pensamento aristotélico*. Barueri: Manole, 2003.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2015.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941.
- BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 4 jul. 1994.
- BRASIL. Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 nov. 1997.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.
- BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 nov. 2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 23.452/RJ. Impetrante: Luiz Carlos Barretti Junior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Mello, 12 de abril de 2000. Brasília, DF: STJ, 2000.
- BRÊTAS, R. C. D. et al. (org.). *Direito probatório: temas atuais*. 2. tiragem. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016b.
- BRÊTAS, R. C. D. et al. (org.). *Estudo sistemático do NCPC*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016a.
- BRÊTAS, R. C. D. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. 2. ed. São Paulo: Pillares, 2016.
- CHOO, C. W. *A organização do conhecimento: como as organizações usam a informação para criar significado, construir conhecimento e tomar decisões*. 3. ed. São Paulo: Senac, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Justiça em Números 2024*. Brasília: CNJ, 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução nº 238, de 23 de julho de 2024. Brasília: CNJ, 2024.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Florianópolis: Conceito, 2008.

FREUD, Sigmund. *Obras completas: o futuro de uma ilusão, o mal-estar na civilização e outros trabalhos (1927-1931)*. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1996. v. 21.

GIL, A. C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GONÇALVES, J. B. *Atividade de inteligência e legislação correlata*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.

GRECO, Leonardo. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro: anteprojeto do grupo de pesquisa "observatório das reformas processuais" da faculdade de direito da UERJ. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 13, p. 301-551, 2014.

GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Marcia de Sa Cavalcanti. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

HERRERA, C. R. *Argumentación y teoría de la prueba en el mundo latino: un punto de partida*. 2019. Tese (Doutorado em Ciencias Jurídicas y Derecho) – Universitat d'Alacant, Alicante, 2019.

JAYME, Fernando *et al.* O princípio da cooperação como guia para um efetivo sistema de justiça multiportas. In: MAIA, Fernanda Vieira *et al.* (org.). *Homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Dialética, 2024. p. 133-148.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KELLER, Albert. *Teoria geral do conhecimento*. São Paulo: Edições Loyola, 2009.

LUZ, Alexandre Meyer. *Conhecimento e justificação: problemas de epistemologia contemporânea*. Pelotas: NEPFIL online, 2013. (Série Dissertatio Filosofia, 2). Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/nepfil/files/2019/02/1-conhecimento-e-justificacao.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

MCLEISH, K. *Aristóteles: a poética de Aristóteles*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 2000. (Coleção Grandes Filósofos).

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Acesso à justiça: uma releitura da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a partir do Brasil, após 40 anos. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, 2015.

NONAKA, I.; TAKEUCHI, H. *Criação de conhecimento na empresa: como as empresas japonesas geram a dinâmica da inovação*. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.

PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal: uma introdução jurídico-científica*. Coimbra: Almedina, 2010.

PITTA, R. G. *Discovery e outros instrumentos processuais do common law*. Londrina: Thoth, 2024.

RAMOS, Victor de Paula. O procedimento de produção “antecipada” de provas sem requisito de urgência no novo CPC: a teoria dos jogos e a impossibilidade de acordos sem calculabilidade de riscos. *Revista de Processo*, v. 263, 2017.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994b.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994a.

SABATÉ, L. M. *Curso superior de probática judicial: como probar los hechos en el proceso*. Madrid: La Ley, 2012.

SABATÉ, L. M. *La prueba de indicios en el proceso judicial: análisis para juristas, detectives, periodistas, peritos y policia*s. Madrid: La Ley, 2016.

SILVA, F. R. A. *Investigação criminal direta pela defesa*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

TAKEUCHI, H.; NONAKA, I. *Gestão do conhecimento*. Tradução de Ana Thorell. Porto Alegre: Bookman, 2008.

TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al.* *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VIEIRA, Victor Fabiano Pedrosa da Silva. *Probática: a ciência da representação dos fatos do processo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.