

Universidade de Ribeirão Preto
Faculdade de Direito “Laudo de Camargo”
Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direitos Coletivos e Cidadania

BRUNO MARCELO FERREIRA FERNANDES

**DESJUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITO E OS REFLEXOS NOS DIREITOS
COLETIVOS**

RIBEIRÃO PRETO
2018

Bruno Marcelo Ferreira Fernandes

**A DESJUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITO E OS REFLEXOS NOS
DIREITOS COLETIVOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), campus Ribeirão Preto-SP, para a área de concentração Concreção dos Direitos Coletivos e Cidadania, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Professor Orientador: Dr. Adalberto Simão Filho

Ribeirão Preto
2018

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

Fernandes, Bruno Marcelo Ferreira, 1983-

F363d Desjudicialização dos conflitos e os reflexos nos direitos
coletivos / Bruno Marcelo Ferreira Fernandes. - - Ribeirão
Preto, 2019.
127 f.

Orientador: Prof. Dr. Adalberto Simão Filho.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto,
UNAERP, Direito. Ribeirão Preto, 2019.

1. acesso à justiça. 2. Desjudicialização. 3. Autmediação.
4. Análise econômica do direito. I. Título.

CDD 340

A DESJUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS E OS REFLEXOS NOS DIREITOS COLETIVOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), campus Ribeirão Preto-SP, para a área de concentração Concreção dos Direitos Coletivos e Cidadania, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

DATA DA APROVAÇÃO: 28 de setembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Prof. Dr. Adalberto Simão Filho
Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP

Prof. Dr. Camilo Zufelato
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP

Prof. Dr. Lucas de Souza Lehfeld
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha esposa Carolina que me presenteou com os bens mais preciosos que são meus filhos Davi e a Luiza, pelo seu exemplo e ainda pela parceira que é na dedicação à família e aos estudos.

Aos meu pai Paulo, pelo seu exemplo de garra e perseverança e à minha mãe Maria do Carmo, por todo carinho e empenho, por acreditar e me incentivar na busca pelos meus sonhos.

Às minhas queridas irmãs Carla e Thais sempre presentes em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Fazer um mestrado sempre foi um grande sonho e assim que consegui ingressar no programa tive a possibilidade de mergulhar num universo que muito me atrai que é a área acadêmica. Por trás dos sonhos vêm os grandes desafios. A realização destes não se consegue sozinho, mas sempre acompanhado de pessoas e instituições.

Dessa maneira início os meus agradecimentos pela instituição para a qual trabalho, Banco do Brasil, que disponibilizou uma bolsa de estudos para que pudesse me auxiliar nos custos do programa e também a todos os colegas entre gerentes e demais funcionários do banco que me apoiaram e auxiliaram nos momentos em que tive de me ausentar para cumprir as atividades necessárias.

Agradeço ao professor Adalberto Simão Filho pelas contribuições e reflexões, por todos os trabalhos que apresentamos e escrevemos juntos em congressos, principalmente por sua disponibilidade e paciência na construção e desenvolvimento do tema.

Os meus sinceros agradecimentos à minha esposa e ao meu filho amado, familiares e amigos, pela compreensão pelos momentos de minhas ausências, para conseguir concluir este trabalho.

Agradeço à Carolina Trevilini Garcia, por todo apoio logístico constante para que eu pudesse escrever esta dissertação.

Dificuldades preparam pessoas comuns para
destinos extraordinários.
(C. S. Lewis)

RESUMO

FERNANDES, Bruno Marcelo Ferreira. **Os caminhos para a desjudicialização do conflito e seus reflexos nos direitos coletivos**. 2018. 130 fls. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP).

A judicialização das relações para se buscar a efetivação de direitos, não se mostra mais como a única opção viável para atuação do advogado. Modelos alternativos como mediação, arbitragem, conciliação, negociação, dentre outros, são meios possíveis para se alcançar em um período abreviado melhores resultados para os conflitos. Esses métodos alternativos apresentam uma nova lógica para o tratamento de conflitos, a partir da cooperação e não mais somente pela competição. Dentre as novas formas de se tratar a disputa, é necessário que haja uma mudança da forma de atuação da advocacia, processo este que precisa ser mudado nas instituições de ensino, e também na busca dos escritórios em atuar nos conflitos, não somente preocupados em alcançar o melhor resultado para seus clientes, mas também pautados em informações de mercado e custo de tempo de demora para a solução do conflito. Esses novos métodos eclodem a partir da burocratização judicial e excesso de processos, sem previsão para solução. Diversos estudos como o Projeto de Florença, realizados por Mauro Cappelletti e Bryan Garth, atribuem a partir das ondas renovatórias do direito mecanismos aptos a alcançar um maior acesso à justiça para a sociedade. Nesse processo, cita-se a possibilidade de resolução de conflitos via negociação, autmediação, mediação, conciliação, arbitragem, mediação e conciliação em âmbito de cartórios de registro e notariais e compromisso de ajustamento de conduta. Para tanto, é preciso uma mudança de atuação da sociedade e dos advogados na forma como enxergam o conflito. Esse trabalho foi desenvolvido pelo método dedutivo, através de pesquisas bibliográficas. Se pretende com este estudo retratar o modo como a sociedade enxerga os operadores do direito e os meios alternativos de resolução de conflitos aptos a oportunizar um maior acesso à justiça.

Palavras-chave: acesso à justiça. Eticidade. Ondas renovatórias. Desjudicialização. Autmediação. Análise econômica do direito.

ABSTRACT

FERNANDES, Bruno Marcelo Ferreira. **THE WAYS TO DISJUDICIALIZE CONFLICT AND ITS REFLECTIONS ON COLLECTIVE RIGHTS**. 2018. 130 fls. Masters thesis. Graduate Program in Law of the University of Ribeirão Preto (UNAERP).

The judicialization of relationships in order to seek the realization of rights, no longer appears as the only viable option for the lawyer's performance. Alternative models such as mediation, arbitration, conciliation, negotiation, among others, are possible means to achieve better outcomes for conflicts in an abbreviated period. These alternative methods present a new logic for dealing with conflicts, starting with cooperation and not just for competition. Among the new ways of dealing with the dispute, there needs to be a change in the form of advocacy activities, a process that needs to be changed in educational institutions, and also in the search of the offices to act in conflicts not only concerned with achieving the best result for your client, but also based on market information, time cost of delay to the resolution of the conflict. These new methods hatch from judicial bureaucratization and excessive processes, without a solution. Several studies like the Florence Project, carried out by Mauro Cappelletti and Garth Bryan, that attribute from renewals waves of the right mechanisms able to gain greater access to justice for society. For this, it is necessary a change of action of the lawyers in the form of how they see the conflict. This work was developed by the deductive method, through bibliographical research. The purpose of this study is to portray the way in which society sees the operators of the law and the alternative means of conflict resolution that can provide greater access to justice.

Keywords: Access to justice. Ethics. Renewal waves; Unfairness. Automediation. Game theory.

.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1.....	84
---------------	----

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURA

CFC – Conselho Federal dos Contadores

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária

CONEF – Conselho Nacional de Educação Física

CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e de Arbitragem

ENADE – Exame Nacional dos Estudantes

MASA – Melhor Alternativa Sem Acordo

MEC – Ministério da Educação

OAB – Ordem dos Advogados Brasileiros

PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira

RADs – Resolução Apropriada de Disputas

ZOPA – Zona Possível de Acordo

CEJUSC – Centro de Conflitos em Segundo Grau e Cidadania

NUPEMEC-TJDFT – Núcleo Permanente de Mediação e Conciliação do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 A CRISE DA JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS	17
1.1 A Problemática da Desjudicialização dos conflitos.....	19
1.2 As Ondas Renovatórias do Direito	23
2 MESCS – MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	31
2.1 Teoria do conflito	31
2.1.1 Conflito.....	34
2.1.2 Processos construtivos e destrutivos.....	35
2.2 Sistema heterocompositivo	36
2.3 Sistema AUTOCOMPOSITIVO	37
2.3.1 Negociação	43
2.3.2 Conciliação.....	44
2.3.3 Aut mediação	45
2.3.4 Etapas para a aplicação da aut mediação na resolução de conflitos e atuação do advogado	48
2.4 Outros Mecanismos eminentemente privados de Autocomposição	50
2.5 Resultados da AUTOCOMPOSIÇÃO	52
2.6 Sistema de Múltiplas Portas (MULTIDOOR COURTHOUSE SYSTEM).....	54
2.7 Políticas Públicas em Resolução Apropriada de Disputas (RADS).....	56
3 ASPECTOS JURÍDICOS DA ARBITRAGEM	58
3.1 Perícia arbitral	62
3.2 Outras formas de Arbitragem	62
3.3 Mediação ou Conciliação em conjunto com a Arbitragem	64
4 ASPECTOS JURÍDICOS DA MEDIAÇÃO	65
4.1 Princípios da Mediação	68
4.2 Objeto da Mediação	71
4.3 Limites e vedações à Mediação	74
4.4 Mediação extrajudicial	74
4.5 Cláusulas contratuais de mediação	76
4.6 Os mediadores extrajudiciais.....	77
4.7 O acordo: título executivo extrajudicial.....	78
5 A INFLUÊNCIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NAS TÉCNICAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	80
5.1 Teoria dos jogos.....	82
5.2 Equilíbrio de NASH.....	83
5.3 A realidade da competição como forma de resolução do conflito	88
5.4 A importância da especialização na advocacia para a instrumentalização dos MESCS.....	89
5.5 Pensamento tradicional dos advogados e adoção de meios alternativos aos conflitos.....	93
5.6 A quarta onda renovatória e a importância da aplicação da negociação colaborativa em detrimento da negociação distributiva na construção do direito	96

6 ADVOCACIA EXTRAJUDIAL APLICADA AOS DIREITOS COLETIVOS	101
6.1 Fundamentos do direito coletivo.....	101
6.2 Direitos Difusos	103
6.3 Direitos coletivos stricto sensu	105
6.4 Direitos individuais e homogêneos.....	105
6.5 Legitimação para a tutela coletiva, direitos difusos, coletivos stricto sensu, individuais e homogêneos.....	106
6.6 Coisa julgada no processo coletivo	109
6.7 Compromisso de ajustamento de conduta	110
6.8 Cartórios extrajudiciais e o instituto da mediação e da conciliação.....	113
CONSIDERAÇÕES FINAIS	117
REFERÊNCIAS.....	120

INTRODUÇÃO

A aspiração das partes na busca pela solução do conflito integra o campo de defesa do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a sociedade atual tem ecoado pela busca de soluções mais ágeis e menos burocráticas para os conflitos, o que é possível a partir de métodos alternativos como a judicialização como mediação, arbitragem, conciliação, negociação, dentre outros.

As mudanças que vêm ocorrendo na sociedade, em decorrência do modelo de mercado globalizado, da sociedade complexa, somado a um judiciário abarrotado de processos, sem condição de dar respostas em tempo hábil fez com que se mudasse a forma de como se enxerga o conflito. Dessa maneira, já não basta ser conhecedor e intérprete de leis. É preciso que o advogado tenha um amplo conhecimento sobre economia, gestão de empresas, lógica, estatística, negociação, etc., o que não é a tarefa das mais fáceis, já que toda a formação acadêmica tem se pautado em litigar, interpretar e aplicar o direito conforme disposição legal.

É preciso que haja mudanças na forma de como se ensina o direito, de maneira a priorizar uma advocacia cooperativa em detrimento da competitiva. A aplicação da análise econômica do direito também é um estudo que vem somar positivamente à forma de como se tem tratado a litigância na sociedade atual. Assim, a utilização de mecanismos de desjudicialização dos conflitos, técnicas de análise econômica do direito e teoria dos jogos podem ser uma boa saída para tratar o número crescente de demandas, sejam elas difusas, coletivas ou individuais.

Outros mecanismos como compromisso de ajustamento de conduta em que possibilita a realização de acordos na esfera coletiva e a novidade da mediação e da conciliação podem ser realizadas por serventias cartorárias, de forma extrajudicial. Modelo esse que potencializa a capacidade de realização de acordos, por conta da capilaridade dos cartórios espalhados por todo território nacional.

Este trabalho não tem por escopo desconsiderar ou até desvalorizar a litigância judicial. O que se almeja é tratar e definir outras formas de atuação de resolução de conflitos como o sistema multiportas e demais mecanismos autocompositivos como mediação, negociação, e automediação. Esses métodos em diversas situações se mostram mais aptos a tratar os conflitos já que atribuem grande autonomia para que as partes construam e participem ativamente das decisões.

Diante dessa situação, o presente trabalho se volta a estudar o acesso à justiça, sua eficácia e possíveis problemas para atingi-la. Dentro dessa temática, será trabalhado o estudo sobre o Projeto de Florença delineado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth a respeito das três ondas renovatórias do

direito. Será ainda acrescentado a essa discussão uma quarta onda renovatória desenvolvida por Kim Economides, que trata da importância do ensino jurídico e das instituições de ensino na busca pelo acesso à justiça.

É fato que há inúmeros mecanismos alternativos previstos pelo ordenamento jurídico disponíveis para solução de conflitos, no entanto, por que há tanta reclamação e sentimento de injustiça na sociedade? Qual é o tempo de espera para se ver resolvido uma demanda? Como é possível, a partir de toda a burocratização, excesso de processos que batem às portas do judiciário, exigir que os direitos fundamentais sejam cumpridos? Ademais, qual a importância do advogado na tentativa de propor novas saídas a antigos problemas? O advogado está adstrito apenas à litigância em juízo? Há como a advocacia propor meios alheios à judicialização para a solução de conflitos?

Essa dissertação buscará trazer respostas a essas e demais questões que permeiam o tema de acesso à justiça. É fato que o modelo tradicional de advocacia já não é suficiente para tratar os conflitos atuais. Modelos de petições antigas, em que constam os mesmos chavões não alcançam respostas suficientes na medida em que a sociedade espera. Além disso, a função do advogado não está adstrita somente à postulação de demandas.

Dessa maneira, a negociação (os meios alternativos) surgem com o intuito de resolver demandas de forma rápida, desburocratizada e com uma maior participação das partes na construção da solução. Nessa linha, a presença do advogado com perfil negociador é de grande importância, pois tem a possibilidade de defender interesses antes mesmo de que a disputa ou a desavença seja ajuizada, diminuindo o excesso de processos judicializados.

Será tratado também os sistemas de demandas denominados heterocompositivos, autocompositivos.

O modelo de negociação aplicado à advocacia surge como um meio efetivo, alternativo, capaz de proporcionar uma maior celeridade e desafogamento do judiciário. Nessa linha, o trabalho abordará temas como: (ondas renovatórias) os problemas da judicialização, educação jurídica, desjudicialização de conflitos e atividade negocial advocatícia.

Dessa forma a dissertação será apresentada em seis partes. No primeiro capítulo se tratará da crise da judicialização e do processo de desjudicialização das relações sociais. Será abordado os estudos realizados por Mauro Cappelletti e Bryan Garth, sobre as ondas renovatórias do direito. Em complementação a essa temática será apresentada a pesquisa de Kim Economides que trata sobre a quarta onda renovatória, cuja temática retrata a influência do acesso à justiça a partir do ensino jurídico e da atuação das instituições de ensino.

No segundo capítulo se tratará dos MESCS (métodos extrajudiciais de solução de conflitos), teoria do conflito. A definição moderna de conflito como inerente à vida social. Se delinear a visão do conflito diante do processo, os espirais do conflito, em que o objeto discutido, a medida em que avança o litígio, perde sua essência e passa a ter consequências cada vez mais catastróficas.

Já no terceiro capítulo o foco é o instituto da arbitragem e suas limitações. Em seguida, no quarto capítulo se definirá com mais detalhes a mediação, seu princípios e modelos aplicados ao direito brasileiro.

O quinto capítulo trará uma abordagem acerca de um tema que tem ganhado relevância no Brasil que é a influência da análise econômica do direito aplicada na resolução de conflitos. Esse capítulo discorrerá ainda sobre a teoria dos jogos, equilíbrio de NASH e sobre formas competitivas e cooperativas para se solucionar um conflito. Por fim, o sexto capítulo abordará a importância da especialização e mudança da advocacia para instrumentalização dos MESCS.

Ainda no sexto capítulo será abordado a tutela coletiva, a delimitação do tema e mecanismos extrajudiciais aplicados ao direito coletivo. Dentro dessa temática se destaca o compromisso de ajustamento de conduta que compreende a possibilidade de realizar um termo entre o causador do dano e a coletividade, de forma desburocratizada, voltado à reparação do dano com a maior brevidade possível. Outro meio alternativo que tem ganhado espaço é a atuação dos cartórios extrajudiciais na realização de mediação e conciliação.

Este trabalho foi desenvolvido pelo método dedutivo, através de pesquisas bibliográficas e estatísticas junto a órgãos estatais. Se pretende com este estudo retratar a forma como a sociedade enxerga os operadores do direito, os meios alternativos de resolução de conflitos aptos a oportunizar um maior acesso à justiça.

1. A CRISE DA JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS

Vive-se, atualmente, uma situação delicada na sociedade no que diz respeito ao exacerbado número de processos que batem às portas do judiciário à procura de solução. A judicialização dos conflitos tem por definição a atribuição ao poder judiciário de proferir solução a todo e qualquer tipo de conflito que chegue até a justiça clamando por uma resposta. A sociedade de maneira geral, em vários países distintos, demonstra estar insatisfeita com o serviço público de justiça, que não responde à medida de necessidades, por conta da morosidade de respostas, dificuldade de acesso e ineficiência das sentenças proferidas.

A demanda por serviços judicializados cresceu a partir da promulgação da Constituição Nacional de 1988. O que antes já era moroso, a partir da Constituição Cidadã passou-se a ofertar mais direitos as pessoas e esse movimento trouxe reflexos negativos para toda a sociedade. Para se enfrentar esse problema denominado de crise do judiciário, foi implementado em 2004 um órgão estratégico para cuidar da gestão do judiciário denominado Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

A partir do ano de 2003 o CNJ passou a emitir o relatório justiça em números que retrata a situação dos processos pendentes no judiciário brasileiro. Um dado preocupante levantado nessa pesquisa é que desde 2011 a quantidade de processos baixados é menor do que a quantidade de processos novos.¹ Em consequência disso, há um aumento gradativo de carga de trabalho para os juízes e servidores, que só em 2016 cresceu em média 6,5% em relação ao ano anterior.²

De acordo com o Relatório Justiça em Números 2015, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, o Brasil em 2014 tinha 99,7 milhões de processos tramitando. Essa análise revelou que 91,9 milhões dos casos estavam no primeiro grau de jurisdição, o que corresponde a 92% do total. Outro dado importante é que o primeiro grau conseguiu dar vazão apenas a 27% da demanda (casos novos + acervo) imposto à sua apreciação, naquele ano. Dessa maneira, seria necessário que cessasse a distribuição por pelo menos 4 anos para que fosse possível baixar o número de processos de 2014.³

A pesquisa revelou também que o primeiro grau de jurisdição apresenta 73% de congestionamento dos processos, enquanto que o segundo grau 48%. Nessa mesma linha, a carga de

¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Avaliação do desempenho judicial. Desafios, experiências internacionais e perspectivas. Série CNJ acadêmico, n.1, p. 1-43. 2011.

² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2016: Ano-base 2015, Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>. Acesso em: 20 abr. de 2018.

³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Priorização do 1º grau da justiça: a nossa meta é você. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>. Acesso em: 23 abr. de 2018.

demandas para os juízes do primeiro grau é de 6442 processos, contra 3252 para os juízes de segunda instância em média, o que representa uma diferença de 98%.⁴

Em 2016 houve um aumento significativo do número de processos que ingressaram no judiciário, de 5,6% em relação a 2014. No ano de 2016 foram instaurados 29,4 milhões de processos, que representa a quantidade de 14,3 demandas a cada 100 habitantes.⁵ Esse contexto revela a necessidade de se investir e dar maior importância a mecanismos alternativos para tratar conflitos. O número crescente de demandas que chegam ao judiciário precisa ser revisto e direcionado a outros canais de solução, afim de que se resolva o sentimento de injustiça que assola a sociedade.

Inicialmente, se o direito foi utilizado como mecanismo de legitimação de governos ilegítimos, através de um Estado com leis puramente formais, posteriormente, passa-se a surgir ações estatais voltadas a assegurar direitos fundamentais e a se constituir documentos escritos prevendo tais direitos.⁶ Nessa linha, começa a surgir diversos textos normativos, e passa-se a ver o direito como algo que para se efetivar precisa estar pautado em textos normativos. Jacques Chevallier assenta o seguinte entendimento:

O Estado de Direito implica uma confiança absoluta depositada no direito, a crença nas virtudes da dogmática jurídica para atingir os objetivos que se lhe atribuiu, em fazer prevalecer os valores aos quais se está vinculado: é pela transformação em direitos subjetivos que serão preservadas as liberdades individuais; é pela proclamação da soberania nacional que será garantido o princípio democrático; é pela afirmação da liberdade do comércio e da indústria que será protegida a sociedade civil contra os riscos de ingerência estatal. O Estado de Direito se assenta, assim, sobre o fetichismo da regra: a norma jurídica tende a ser tomada como a própria realidade, capaz de fazer advir o que enuncia; e a passagem pela forma jurídica vem constituir a sua garantia suprema. [...] A teoria do Estado de Direito é, dessa forma, apenas o prolongamento e a coroação de uma longa tradição. De fato, a sua essência é o normativismo (W. Leisner, 1974): ele tende também a um “perfeccionismo normativo” constante e a uma ampliação incessante do campo da juridicidade; todas as relações sociais devem ser submetidas ao direito, codificadas em termos jurídicos. Se o Estado de Direito quer ser perfeito, ele deve estar em toda a parte: “a legalidade é uma noção absoluta senão totalitária: quem não está por ela está contra ela”. O Estado de Direito tende, por conseguinte, à juridicização integral da ordem social.⁷

Esse incremento da quantidade de textos normativos, que tratavam sobre a garantia dos direitos teve por consequência um aumento da judicialização de lides tanto individuais quanto

⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Priorização do 1º grau da justiça: a nossa meta é você. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>. Acesso em: 23 abr. de 2018.

⁵ Idem.

⁵ Ibidem.

⁶ CHEVALLIER, Jacques. **O estado de direito**. Tradução de Antonio Araldo Ferraz Daz Pozzo, Augusto Neves Dal Posso. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 52-53.

⁷ Idem. p. 45.

coletivas. Dessa maneira, o judiciário passou a ser requisitado para solucionar quaisquer tipos de demandas da sociedade sejam simples ou complexas.

Boaventura de Souza Santos associa a expansão dos direitos sociais, à integração das classes trabalhadoras, a partir da ascensão do consumo com o Estado-providência, o que eclodiu num aumento sem tamanho da litigiosidade para ser resolvida pelo Estado.⁸

Percebe-se que esse sistema em que a solução da lide centra-se nas mãos da justiça, não se mostra eficiente e por consequência afeta a confiança da sociedade no poder judiciário de acordo com pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas, que foi publicada no Índice de Confiança da Justiça Brasileira – ICJ Brasil.⁹

Portanto, a judicialização dos conflitos, decorrente das relações sociais, causam diversas consequências, como consumo de estrutura pessoal, material, maiores gastos aos cofres públicos, o que por consequência não traz solução para o grande número de demandas. Ou seja, o modelo de judicialização além de caro, traz a sensação para sociedade de impunidade, de falta de justiça por conta da demora e alto custo para o tramite de um processo. Assim, a sociedade ecoa por novas formas de tratamento de conflitos mais baratas e efetivas para que o processo seja abreviado e viabilizado para mais pessoas, fazendo assim com realmente se efetive o acesso à justiça.

1.1 A Problemática da Desjudicialização dos conflitos

O principal modelo para a resolução de conflitos, atualmente, ainda é o judiciário.. A jurisdição estatal não consegue acompanhar a velocidade com que surgem conflitos e demandas, e a forma com que tudo isso acontece. Dentre os problemas que assolam essa crise, tem-se o número insuficiente de servidores, tempo da prestação jurisdicional elevado e insatisfação do jurisdicionado com o resultado do serviço prestado.

Toda a interação que há entre as pessoas em uma sociedade, a relação das empresas com consumidores, empregados com seus patrões, todo esse conjunto de relações que se formam no ritmo acelerado que a sociedade pós-moderna vive, potencializa o surgimento de lides. Como consequência,

⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: **Revista crítica de ciências sociais, Coimbra**, n. 21, novembro, 1986, p. 11-44. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Introducao_a_sociologia_da_adm_justica-RCCS21.PDF>. Acesso em: 23 abr. 2018

⁹ ARABI, Walid Machado Botelho. **A institucionalização da mediação no direito brasileiro**. 2017. Dissertação (Mestrado). Universidade FUMEC, Belo Horizonte. f. 13.

há um abarrotamento de processos a serem solucionados pelo judiciário, que poderiam ter solução de forma extrajudicial, sem a necessidade de acionamento do aparato estatal. Essa realidade brasileira é oriunda da cultura da judicialização das relações em que a solução para todo conflito necessariamente tem de passar pelo julgo do judiciário.

É fácil perceber, que no Brasil há um excesso de litigância e busca pela solução via tutela jurisdicional. Esse movimento é reflexo da cultura de litigar instaurada, o que é totalmente diferente da cultura do conflito. A primeira espelha a distorção da segunda, conforme define Humberto Lima de Lucena:

Repercuta uma anormalidade do conflito, de forma que a ideia geral inserida no (in)consciente coletivo é de que todo e qualquer conflito necessita ser judicializado e resolvido sob a forma de uma solução adjudicada, dota de força imperativa e coercitiva, na lógica vencedor, perdedor.¹⁰

Essa cultura da litigância e do acesso à justiça, sob o ângulo sociológico, é consequência da judicialização das relações sociais, da política e da priorização do judiciário como principal órgão de prestação jurisdicional, o que afasta a criatividade das partes para conversarem e acharem um melhor caminho para a resolução de seus conflitos.

O Conselho Nacional de Justiça em 2015 apresentou a Política Judiciária de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse no Âmbito do Poder Judiciário, baseado na Resolução n. 125/2010, como método alternativo para o tratamento da lide. O ministro presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ricardo Lewandowski realçou a desjudicialização como diretriz de sua gestão.¹¹

Outros modelos já haviam sido implantados como o projeto piloto do Tribunal de Justiça de São Paulo, no ano de 2003, que se tratava alternativamente os conflitos em segunda instância. Desde o ano de 2011, o Centro de Conflitos em Segundo Grau e Cidadania - CEJUSC de São Paulo realizou 50 mil sessões, 10 mil acordos homologados que contabilizam a monta de R\$ 206 milhões de reais. Na análise do tribunal, relatou-se o êxito de findar um processo de 1965, e de realizar até 37 acordos em apenas uma única sessão.¹²

¹⁰ LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **A constitucionalização da solução pacífica de conflitos na ordem jurídica de 1988**. Tese. UFRN: Natal, 2012, p. 44. Disponível em: <<http://repositorio.ufrn.br:8080/jspui/handle/123456789/13943>> Acesso em 12 jan. 2018.

¹¹ BRASIL. Portaria n° 16 de 26 de fev. de 2015. Diretrizes de Gestão da Presidência do Conselho Nacional de Justiça para o biênio 2015-2016, Brasília, DF, fev 2015.

¹² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Tribunais investem em desjudicialização e comemoram resultados. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80389-tribunais-investem-em-desjudicializacao-e-comemoram-resultados>>. Acesso em: 18 abr. de 2018.

No Estado do Paraná, o tribunal também realizou diversos mutirões de conciliação. Desde 2009 têm registros de 39 mutirões, com 5.382 audiências realizadas, que resultaram em 2.913 processos extintos. Isso representa um percentual de 54,12% de êxito. Liciane Baltazar, supervisora do CEJUSC do Tribunal de Justiça do Paraná, salienta que esse resultado tende a aumentar a efetividade, na medida em que haja um maior envolvimento das empresas e da própria equipe do tribunal.¹³

Outro exemplo, foi o que ocorreu em Brasília, na desocupação da orla do Lago Paranoá, que contou com a presença do Núcleo Permanente de Mediação e Conciliação do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – NUPEMEC-TJDFT, em que se firmou um termo e se garantiu a efetividade de uma decisão proferida em primeiro grau em 2011.¹⁴ O NUPEMEC é um órgão de inteligência, gestão e execução, que atua no acompanhamento e administração das demais unidades que utilizam mecanismos equivalentes de resolução de conflitos. Dentre suas atividades, destaca-se ainda a coordenação de recursos humanos, com acompanhamento, recrutamento e capacitação permanente de mediadores e conciliadores.¹⁵

Nessa linha ainda, o Tribunal de Justiça do Amapá, representado pela desembargadora Sueli Pini e pelo corregedor-geral, o desembargador Carmo Antonio de Souza, no ano de 2015, implantaram o Comitê Interinstitucional Estadual da Desjudicialização, por meio do Ato Conjunto nº 0359/2015-GP/CGJ. Tal ato descreve a união do Ministério Público, Procuradoria do Estado e do Município, Defensoria, OAB/AP, Secretarias de Administração e de Saúde do Estado. A junção desses órgãos é no sentido de formular estratégias para melhor gerir o gerenciamento de demandas em massa.

O acesso à justiça, tem proporcionado melhorias para a cidadania. No entanto, o aumento de demandas judiciais, o excesso de processos que ingressam no judiciário, impossibilitam respostas em tempo hábil. A disseminação de meios alternativos para as demandas se mostra como uma saída rápida e eficiente para a sociedade. Nas palavras da presidente do Tribunal de Justiça do Amapá, Sueli Pini: “Nas últimas décadas, tornou-se comum transferir a solução dos conflitos sociais de

¹³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Tribunais investem em desjudicialização e comemoram resultados. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80389-tribunais-investem-em-desjudicializacao-e-comemoram-resultados>>. Acesso em: 18 abr. de 2018.

¹⁴ Idem.

¹⁵ FERNANDES, Igor Benevides Amaro; GONÇALVES, Flavio Jose Moreira. A formação de mediadores e conciliadores no poder judiciário do estado do Ceará. Revista Paradigma. Ribeirão Preto, v. 27, 215-237, 2018. Disponível em <http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/1131/pdf> . p. 221.

políticas públicas para o judiciário, quando sabemos que parte destas lides poderiam ter sido resolvidas fora dos tribunais”.¹⁶

Outro fator de grande relevância que tem sido objeto de reflexão por parte dos governantes e de políticas públicas é o método de ensino direcionado aos alunos de direito. Considera-se haver uma crise na educação jurídica, muito embora os cursos de direito sejam orientados a seguir as Diretrizes Curriculares propostas pelo MEC. O modelo em voga mostra-se ineficiente, ante os objetivos pedagógicos e metodológicos necessários para formar profissionais mais capacitados a lidar com a lide. Percebe-se, por parte desses profissionais, uma atuação conservadora, desatualizada, nesse momento em que a sociedade vive, um maior dinamismo e velocidade em suas relações.

Dentre os possíveis problemas levantados na análise do sistema educacional cita-se: a crise de identidade do militante na área jurídica, a falta de reconhecimento de seu papel político e social, a crise de legitimidade, o problema da incerteza gerado pela morosidade e desarmonia nos julgados.

A crise da educação jurídica tem natureza funcional, estrutural e operacional. Antonio Alberto Machado considera que o problema enfrentado pelo ensino tem origem na própria crise de seus modelos ideológicos e políticos, calcados no liberalismo. Nessa linha, assevera:

De modo que o ensino centrado no paradigma científico do positivismo normativista e no paradigma ideológico do liberalismo permite a produção de uma cultura enciclopédica e humanística, portanto, uma cultura jurídica ampla e mais consistente que não se resume apenas no ensino de normas; nem fornece aos bacharéis em direito a formação adequada para que possam entender os reais problemas políticos de seu tempo, ou os problemas específicos da realidade brasileira atual, de maneira que viessem a atuar consequentemente na conjuntura desses problemas.¹⁷

As mudanças na educação jurídica, necessariamente, prescindem que se passe a ver o direito de maneira correta. Pedro Feitosa afirma que a mudança somente ocorrerá a partir do momento que se desvincular a “ideia positivista que reduz o direito ao direito positivado do Estado”.¹⁸

¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Judiciário cria comitê interinstitucional de desjudicialização. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/79857-judiciario-cria-comite-interinstitucional-de-desjudicializacao>>. Acesso em: 18 abr. de 2018.

¹⁷ MACHADO, Antonio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 3.

¹⁸ FEITOZA, Pedro. A equivocada “crise” da educação jurídica. In: **Revista Crítica do Direito**, n. 1. v. 21. Disponível em: <<http://www.criticadodireito.com.br/todas-as-edicoes/numero-1-volume-21/a-equivocada-crise-da-educacao-juridica>>. Acesso em: 01 out. 2017.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr. a crise do ensino jurídico surgiu a partir da década de 1950:

A situação atual do ensino jurídico, que é de impasse, foi gerada pelas transformações sociais, a partir de 1950. Marcadas pela massificação, essas mudanças determinaram as normas produzidas pelo Estado; o advogado especializado – transformando o caráter e a imagem da profissão – e a instituição de técnicas e perspectivas voltadas para a eficiência, o que vem imprimindo ao direito uma visão técnico-legal.¹⁹

Juliana Ferrari de Oliveira explica que “as alterações legislativas não necessariamente culminam em mudança de pensamento e do modo de agir”²⁰. É preciso uma mudança no modo de pensar e de ensinar o direito.

Martha Luciana Scholze²¹ afirma que: “É necessário ir além da visão positivista da ciência que, através do método lógico-formal da dogmática, coloca-se numa posição de neutralidade e objetividade no ato de conhecimento do objeto de estudo”. Para a autora essa visão reduz o estudo do direito ao deslinde de ditar leis.

De acordo com os estudos de Christianny Diógenes Maia, a atividade jurídica atual tem natureza dogmática, formalista, positivista, individualista e conservadora. Nesse viés, esse modelo não apresenta resultados eficientes para solucionar os novos conflitos atuais.²² A formação do profissional a partir da lógica de mercado, formam exegetas mecânicos, preocupados em angariar clientela e sucesso profissional, em detrimento da busca por maior justiça e ética.

Assim, a formação acadêmica deve compreender a gama de preocupações que permeie os moldes para se alcançar resultados mais efetivos nesse novo tempo de se pensar e aplicar o direito, diante de demandas difusas e coletivas.

1.2 As Ondas Renovatórias do Direito

As ondas renovatórias consiste em um estudo de direito comparado, realizado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, publicado na década de 70, cuja obra é intitulada “*Access to Justice: the*

¹⁹ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. A visão crítica do ensino jurídico, 2011. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/20>>. Acesso em: 24 abr. de 2018.

²⁰ OLIVEIRA, Juliana Ferrari de. **Ensino jurídico**: história que explica a prática docente. Ensino Jurídico: experiências inovadoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 50.

²¹ SHOLZE, Martha Luciana. O ensino do direito e a cidadania: o novo perfil profissional. Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas de solução de conflitos. Rio de Janeiro: Gen. 2009. p. 74.

²² MAIA, Christianny Diógenes; DIÓGENES, Thanara Rocha. **Crítica ao ensino jurídico brasileiro**. Ensino jurídico: os desafios da compreensão do direito. Estudos em homenagem aos 10 anos do curso de direito da Faculdade Christus. Fortaleza: Faculdade Christus, 2012. p. 68.

worldwide movement to make rights effective". Esse livro é resultado da pesquisa nomeada Projeto de Florença. Tal estudo promoveu pesquisas em diversos países como Estados Unidos, França, Itália, Espanha, Portugal, entre outros, para diagnosticar quais as razões para a ineficiência da prestação de acesso à justiça. Toda análise foi redigida em relatórios.

Mauro Cappelletti e Bryan Garth, iniciam sua fala explicando que a problemática a ser enfrentada, devido à tantos obstáculos é multidisciplinar e supera os limites do direito. Na definição atribuída pelo autores o acesso à justiça foi aplicado no estudo de duas formas. Na primeira, a expressão retrata o caminho do cidadão para acessar o judiciário. Na segunda forma retratou a resposta estatal e seus possíveis efeitos, seja no campo individual ou coletivo, que se denominou de "acesso efetivo".²³

No Projeto de Florença o conceito de acesso à justiça não ficou estático a questões de regimes políticos ou de cunho econômico. A realidade dos Estados burgueses liberais do século XVIII e XIX refletiram, a partir de seus ideais liberais, a não interferência estatal em assuntos sociais, período esse em que os Estados se mantiveram inertes e passivos.²⁴ Nessa linha, o acesso à justiça se perfilou à ideia de acesso ao judiciário, muito embora esse contorno tenha se dado somente na esfera formal.

O acesso ao judiciário sempre representou altos custos, e apenas uma pequena parte da sociedade podia arcar com tais valores para buscar a justiça plena. Nesse modelo do *laissez-faire*, Justiça Plena aqui se define como a capacidade de ingressar com todos os recursos possíveis na busca da plena efetividade judicial. Os indivíduos menos abastados, ficavam por conta de sua própria sorte. Nesse período, não havia preocupação por parte do Estado de possibilitar acesso à justiça aos menos providos.²⁵

Laissez-faire é uma expressão de origem francesa que traduzida significa "deixar de fazer". Na época do liberalismo econômico, a economia *laissez-faire* era aquela em que o Estado atuaria com o mínimo de intervenção possível, se limitando apenas em criar leis que protegessem os direitos de propriedade e dos consumidores. A economia e o mercado que deveriam se autorregular. Para o Estado caberia somente garantir a defesa nacional, a ordem e alguns poucos bens públicos como saúde, saneamento e educação.

²³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 9-10.

²⁴ Idem, p. 10

²⁵ Ibidem, p. 9.

O estado do bem-estar, também conhecido pelo nome de welfare state, tem por definição que existem direitos sociais que são indissociáveis à existência de qualquer cidadão. De acordo com esse conceito os indivíduos tem direito a uma série de bens, desde o seu nascimento, como saúde, educação, saneamento básico, auxílio àqueles que estiverem desempregado, etc. Estudos a respeito do welfare state o apontam como um meio de compensar ineficiências do mercado em adequar níveis de oferta e demanda agregada.²⁶

O projeto de Florença identificou alguns obstáculos que causam entrave à efetividade do acesso à justiça, como as:

a) **custas judiciais**, devido ao alto custo para ingressar no judiciário, o que afasta a possibilidade de pessoas mais necessitadas de conseguir ingresso.

b) **reflexo dos altos custos**, prejudica as pequenass causas, parcela da população onde há o maior número de casos e há maior desproporcionalidade entre o serviço judicial e os custos envolvidos.

c) **o tempo**, que tende a aumentar a evasão do processo, já que os menos favorecidos economicamente acabam abandonando os processos ou se sujeitando a acordos por valores irrisórios.

d) **possibilidades financeiras das partes**, a maior capacidade financeira de uma das partes possibilita o desenho de estratégias, quer seja para atrasar o resultado de um caso perdido ou de busca por melhores informações a partir de advogados mais especializados naquele assunto específico.

e) **problemas dos interesses difusos**, que trata de situações em que muitas vezes o desrespeito a direitos ocorre de forma irrisória, como, por exemplo, na quantidade a menor de sabão em pó, que contém na caixa. Não vale a pena para a pessoa lesada entrar com esse tipo de ação, primeiro que é muito dispendioso e segundo que o prêmio que alcançará como essa ação é muito pequeno para estimular a demanda.

De maneira geral, o relatório apresentado por Cappelletti e Garth apresenta a ineficiência do trabalho jurisdicional para ofertar o acesso à justiça. Em 1965, ano que inicio os estudos referente ao Projeto de Florença, e se identificou 3 soluções chamadas de ondas renovatórias, para tratar dessas barreiras. Assim será tratada cada uma das ondas renovatórias e pontuar as inovações trazidas para o direito brasileiro a partir daquele estudo.

A primeira onda renovatória diz respeito aos custos que envolvem o processo. O cerne para se proporcionar um maior acesso à justiça partiu do empenho em proporcionar aos mais

²⁶ MARQUES, Rosa M. A proteção social e o mundo do trabalho. São Paulo: Bional, 1997. p. 25

necessitados a prestação de serviços jurídicos feita por advogados.²⁷ Essa inserção de disponibilização de assistência judiciária aos mais necessitados foi um movimento que se iniciou nos Estados Unidos, no ano de 1965, e que logo em seguida passou a ser aplicada nos países europeus. Essa mudança proporcionou uma significativa melhora, já que resolveu o problema da desinformação jurídica dos mais pobres. A responsabilidade pelos custos decorrentes dos serviços prestados por advogados ficou a cargo do Estado.²⁸

Por consequência, a primeira onda repercutiu no direito brasileiro, com a redação do art. 5º, inciso LXXIV, da Carta Magna, que afirma a obrigação do Estado em prestar assistência judiciária gratuita e integral aos pobres. O art. 134 da referida lei prevê a criação da Defensoria Pública. É fato que a primeira onda não foi suficiente para tratar e resolver todos os problemas que envolvem o acesso à justiça.

A segunda onda renovatória está ligada à representação dos direitos difusos e de grupos no judiciário. O modelo individualista de processo, carecia de mecanismos capazes de tratar demandas em que não há mais pessoas unitárias, mas sim grupo de pessoas em um **polo** da ação. Tanto o Estado quanto o Ministério Público se viam desprovidos de legislação para poder atuar nesse novo modelo de ações.

Desse modo, o modelo de sistema processual clássico patrimonialista em que todo e qualquer tipo de lesões ao direito deveriam ser reduzidas a uma quantia monetária teve de ser repensado. Quando se está diante de situações que envolvam meio ambiente, consumidor, criança e adolescente, idosos, dignidade da pessoa humana, etc., o valor pago em pecúnia deve ser analisado de forma subsidiária.

Os maiores avanços decorrentes dessa onda no Brasil, surgiu com as leis de Ação Civil Pública no ano de 1985 e o Código de Defesa do Consumidor em 1990, sendo denominados de microsistema processual de tutela dos interesses de massa.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 82 e a lei de ação civil pública, no artigo 5º, atribuem a legitimados ativos a propositura de ação civil pública. Essa atribuição confere a entes públicos e privados a possibilidade de ingresso da ação, representando a sociedade em seus interesses metaindividuais. Esse formato permite que tanto o Estado quanto uma entidade privada possam representar a sociedade, o que possibilita uma cidadania participativa e solidária.²⁹

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 32.

²⁸ *Ibidem*, p. 40.

²⁹ LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 33-44.

Cappelletti e Garth fundamentam a segunda onda renovatória:

Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer em juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um “representante adequado” para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam citados individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da coisa julgada, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos.³⁰

No que diz respeito aos efeitos da coisa julgada, quando se trata de ação civil pública, já está previsto a possibilidade de acesso coletivo ao judiciário. Nos moldes definidos pelo código de defesa do consumidor, art. 103, em caso de direitos transindividuais, aplicar-se-á efeitos ultrapartes ou erga omnes a depender do resultado que alcançar a causa ou prova apresentada. Com relação a despesas decorrentes do processo, associações ou qualquer entidade na qualidade de representante de seus sócios ou coligados estão isentas do pagamento de honorários advocatícios, bem como qualquer tipo de despesas decorrentes do processo, salvo quando se tratar de caso em que haja algum tipo de fraude por parte dessas entidades.

A terceira onda renovatória se pauta em quatro objetivos segundo os clamores da sociedade, que são: a simplificação dos métodos e procedimentos; a redução de custos decorrentes da demora do tramite processual; a melhora da qualidade de prestação do provimento jurisdicional; e a disponibilização de uma tutela mais efetiva.³¹

Toda a restauração e mudança ocorridas no ordenamento jurídico, seja ele constitucional ou processual, não foram capazes de fazer com que o judiciário desse vazão suficiente e em tempo hábil aos processos que ingressam para sua análise. O poder judiciário se mostra ineficiente e moroso para tratar a imensa quantidade de processos.

Essa terceira onda visa a desburocratização dos trâmites judiciais, permite que se aplique a mediação e a arbitragem como meios alternativos para a solução do conflito. Reconhece-se a validade de um procedimento arbitral com status de decisão judicial. Ademais, sobre essa decisão não cabe recurso na esfera judicial.

³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 50.

³¹ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 798-799.

A antecipação de tutela é outra inovação decorrente dessa terceira onda renovatória, que garante ao autor a possibilidade do adiantamento do resultado do processo nos casos de prova inequívoca de verossimilhança da alegação.

Percebe-se que o Projeto de Florença foi construído direta ou indiretamente em cima de questões econômicas, e esse dado pode ser melhor compreendido a partir do declínio do *Welfare state*, que tinha como objetivo limitar a liberdade do cidadão, através de uma posição mais populista e assistencialista por parte do Estado. Com esse declínio entra em cena a concepção do Estado democrático de Direito, pautado em ampliar o campo de participação social, de forma a realizar uma investigação mais apurada das reais necessidades dos diversos nichos sociais.³²

O fenômeno da globalização, marcado com mais veemência a partir da queda do Muro de Berlim, gerou diversas complexidades no campo social, econômico e jurídico, que não foram objetos de estudo pelo Projeto de Florença. O trabalho de Cappelletti e Garth se ativeram a dar resposta aos problemas levantados a partir de um ideal formalista, priorizando o aspecto quantitativo dos problemas apresentados. Processo esse que não apresenta ideias democráticas para se solucionar os problemas, já que não se busca o aspecto qualitativo de solução do acesso à justiça.

A partir de alguns trabalhos realizados, como a monografia de Kim Economides, retratando estudos feitos na década de 60, por Carlin e Howard, que tratam sobre o tema da problemática do acesso à justiça no sistema inglês, e que mostra quatro questões salutaras, que são levadas em consideração pelos cidadãos na hora de propor uma demanda judicial: a) a consciência, consubstanciada no reconhecimento pelo indivíduo de que determinado problema é um problema jurídico; b) a vontade de deflagrar a ação judicial para solucioná-lo; c) a procura de um advogado; e d) a contratação efetiva do advogado.³³

Essa pesquisa revelou que nos Estados Unidos as pessoas mais abonadas geralmente não optavam pela judicialização de seus conflitos, tentando alcançar a paz através de meios informais ou privados.³⁴ Nessa linha, a judicialização de um conflito vai muito além de questões econômicas.

³² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In: _____ (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 200.

³³ CARLIN, J.; HOWARD, J., Legal representation and class justice. apud ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: Epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce, [et al]. (orgs). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999, p. 65. Disponível em: . Acesso em: 07 mai. 2018.

³⁴ ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: Epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce, [et al]. (orgs). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1999. p. 65. Disponível em: <www.cpdoc.fgv.br>. Acesso em: 07 maio 2018.

Como exemplo cita-se o fator distância em países que possuem um vasto território e esse tipo de barreira não fora levado em consideração no relatório do Projeto de Florença.

Um ponto que foi tratado por Cappelletti e Garth sobre o acesso à justiça é no campo da administração da justiça. Esse tema envolve questões culturais entre o governo e a sociedade, o questionamento sobre a representatividade, a insegurança e o medo que os cidadãos geralmente têm da relação com os advogados e com o judiciário. A partir dessas questões e pela falta de uma análise mais qualitativa sobre o tema é que Kim Economides identifica uma quarta onda renovatória.

A quarta onda renovatória, diz respeito a formação acadêmica e atuação dos centros e núcleos de práticas jurídicas das instituições educacionais, ou seja, o acesso dos operadores do direito à justiça. Essa nova onda é resultado dos estudos realizados no campo ético e político da administração da justiça, em que se percebe com mais ênfase na atitude dos advogados, frente a situação concretas, uma desconsideração da justiça civil e justiça cívica. Essa onda trata da responsabilidade profissional dos operadores do direito e também sobre a forma como se leciona o ensino jurídico.

Nessa linha, a quarta onda se volta a tratar da mudança de foco que precisará ocorrer sobre a perspectiva do termo justiça. Economides assevera as seguintes preocupações atinentes a esse tema:

São duas as preocupações e os focos de análise da quarta onda: um é relativo ao acesso à educação jurídica; o outro, mais difícil, refere-se à questão de como garantir que, uma vez ingressado na carreira, tanto advogados quanto juízes bem representem a justiça. Este tema levanta, por sua vez, questões éticas referentes às responsabilidades mais amplas da participação das faculdades de direito e dos organismos profissionais não apenas no controle da admissão às carreiras jurídicas, mas também na definição de padrões mínimos de profissionalização. Estes assuntos estão presentes na maioria dos sistemas legais modernos, todos lutando com a conciliação de tensões entre a manutenção da qualidade da justiça e de seu acesso.³⁵

Como temática proposta por essa onda, percebe-se que o primeiro questionamento diz respeito ao acesso à educação jurídica. Dentro desse tema, o autor questiona quem são os indivíduos que ingressam na carreira jurídica, quais os critérios para se qualificar como juiz ou para exercer a advocacia? Quais os caminhos para o acesso da educação jurídica? Todos esses questionamentos servem para definir o perfil dos atores que trabalham na busca pela justiça.

³⁵ ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: Epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce, [et al]. (orgs). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1999. p. 74. Disponível em: <www.cpdoc.fgv.br>. Acesso em: 07 maio 2018.

O segundo questionamento depreendido dessa onda diz respeito a como assegurar que os operadores do direito tenham acesso à justiça. Essa abordagem está ligada a dilemas éticos que permeiam as responsabilidades das faculdades de direito na formação desses profissionais. Kim Economides, tem realizado um estudo acerca do papel desempenhado pelas faculdades de direito e também suas responsabilidades em formar o caráter profissional dos advogados.

Em sua definição, depreende que o direito aprendido nas universidades, tem um cunho utópico, que possui uma carga de inatingibilidade, ou seja, de difícil alcance. Por consequência, os advogados são vistos na sociedade, com descrédito, sem confiabilidade e que seus ideais são pautados de maneira monetária, sem compromisso com a justiça.³⁶

Dessa maneira, a proposta da quarta onda renovatória sugere uma revisitação cultural na formação dos estudantes de direito e militantes afins, com o intuito de se apurar de forma macro a dimensão ligada à distribuição do recurso à lei, e tratar de forma micro os temas correlatos à responsabilidade profissional dos operadores do direito. Sobre esse tema há várias críticas por parte de Economides, sobre o Código de Ética, por não tratar de valores, já que se volta com mais veemência a regular o profissional sem a preocupação com a erradicação da injustiça.³⁷

Portanto, todas essas ondas surgiram com o escopo de identificar problemas no acesso e busca pela justiça, e têm por objetivo traçar estratégias para tornar mais ágil e eficiente o sistema de justiça.

³⁶ ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: Epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce, [et al]. (orgs). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1999. p. 75. Disponível em: <www.cpdoc.fgv.br>. Acesso em: 07 maio 2018.

³⁷ Idem. p. 75.

2 MESCS – MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os métodos extrajudiciais de solução de conflitos (MESCS) são mecanismos voltados a tratar e resolver lides sem a intervenção da esfera judicial. São conhecidos também pela sigla em inglês ADR, Alternative Dispute Resolution, em que os próprios envolvidos no impasse buscam soluções, seja de forma autônoma ou por meio de um terceiro imparcial, não vinculado, que apresenta soluções amigáveis e fundamentadas para se solucionar a disputa.

Dentro desses métodos há o sistema heterocompositivo e o sistema autocompositivo. No primeiro, destaca-se a arbitragem. Já o sistema autocompositivo tem diversos mecanismos como a conciliação, mediação, autmediação e negociação. Todos esses temas serão melhor expostos a seguir.

Inicialmente é salutar tratar alguns conceitos como a teoria do conflito, o conflito em si e como se formam processos construtivos e destrutivos.

2.1 Teoria do conflito

Todo conflito é algo intrínseco à relação humana, atualmente se define o conflito como algo que pode gerar resultados positivos. Morton Deutsch, através de sua obra *The resolution of conflict: Constructive and Destructive Process* trouxe grandes contribuições à teoria do conflito. Em seu estudo definiu a resolução de disputas em processos destrutivos e construtivos.

Pela posição do autor processos destrutivos enfraquecem ou geram o rompimento das relações sociais, de modo que, dependendo da forma de como são conduzidas essas relações aumentam o conflito e a desavença entre os envolvidos. Nesse contexto, os processos destrutivos enfraquecem a relação social dos envolvidos, gera mais animosidade entre as partes, através de uma disputa competitiva, que tem por característica uma busca por vencer a disputa a qualquer custo, e de que uma decisão que traga benefícios a ambas as partes, não é admitida.³⁸

³⁸ DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict: Constructive and Processes**. New Haven: Yale University Press, 1973. p. 361.

Com relação ao processo construtivo, há um estímulo para que as partes apresentem ideias criativas para motivar e resolver disputas antagônicas.³⁹ Nesse modelo há um incentivo para que os envolvidos reformulem situações de impasse, não apenas ligados a questões processuais ou jurídicas, mas também todas aquelas situações que afetam a relação das partes. Nessa dinâmica, as partes concluem a relação processual, com foco em restabelecer a relação social e gerar empatia entre os envolvidos.

As contribuições trazidas pelo professor da Universidade de Columbia em Nova Iorque (EUA), sobre os processos construtivos de resolução de conflitos estão ligadas à apresentação de uma nova abordagem do conceito de conflito, visto agora como algo positivo, que faz parte da vida e permeia as relações humanas⁴⁰. Essa nova visão positiva para o conceito de conflito, se aplicado a técnica correta, trata-se de um importante mecanismo na resolução da disputa já que traz amadurecimento, conhecimento e aproxima as partes.

Conforme se observou, o conflito consiste na situação em que duas ou mais pessoas se opõem em razão de interesses, ideais, ou metas, o que as tornam respectivamente incompatíveis. O conflito se enquadra num conceito sociológico, e que por vezes o processo não é o meio mais apto a solucioná-lo.

Muitas vezes não é possível levar o conflito para o processo e, portanto, se apresenta uma lide. A lide aqui é definida como conflito em forma de pedido e causa de pedir apostos na petição inicial. Conflito e lide também são termos que não se confundem. Ainda que se parta da ideia de que todo litígio é oriundo de um conflito, a lide em si não é capaz de retratar toda a relação complexa ocorrida no conflito, mas sim apresentar um recorte delimitado pela parte e que será submetido à decisão de um terceiro imparcial (juiz).

Dessa maneira, o magistrado ao julgar não estará analisando e julgando uma relação complexa que foi o conflito, mas apenas uma faceta apresentada no processo pela parte. Rosalina Moitta Pinto da Costa explica que:

Assim, para ingressar em juízo, a parte precisa definir a lide, que ela deseja que o juiz resolva, cabendo ao juiz simplesmente analisar se o pedido feito pela parte está albergado no direito

³⁹ Idem. p. 365.

⁴⁰ DEUTSCH, Morton. *The resolution of conflict: constructive and destructive processes*. New Haven and London: Yale University Press, 1973. p. 1-32; 349-400. Traduzido por Arth'ur Coimbra de Oliveira e revisado por Francisco Schertel Mendes, ambos membros do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Mediação, Negociação e Arbitragem.

positivo e, com base nesse critério, deferi-lo ou não. Dessa forma, o pedido do autor define a lide e determina o limite da autoridade judicial sobre o caso.⁴¹

Nessa linha, o conflito apresenta uma proporção muito mais ampla do que a lide, já que esta é limitada e definida no processo.

O juiz tem como dever estatal apaziguar e pacificar o conflito a partir dos limites estabelecidos no processo. Essa atribuição de poder-atividade de atuação do Estado-juiz substitui as partes para que, de forma isenta e imperativa imponha uma decisão. A substitutividade, exercida pelo Estado-juiz para apresentar uma solução à lide cria um mecanismo para a resolução de disputas pelo qual o direito é a principal fonte.

O dever primário para se solucionar uma disputa, inicialmente é das próprias partes. A atuação do Estado na solução do conflito, em regra é secundária. Quando o Estado assume essa atribuição em substituir a vontade das partes o faz não preocupado efetivamente na busca pela paz social, mas sim numa demanda por eliminar o maior número de processos.⁴² Como consequência, se tem um processo judicial totalmente moroso, pautado por mecanismos destrutivos de resolução de conflitos, baseado no modelo competitivo em que uma das partes sairá vencedora e a outra perdedora.

Geralmente, os envolvidos reportam-se ao conflito como algo negativo, e essa relação é totalmente fadada a proporcionar grandes perdas. Em cursos que abordam técnicas de negociação e mediação, quando se instiga os participantes a falarem sobre qual é a ideia que têm sobre a palavra conflito, se escuta: raiva, disputa, agressão, violência, batalha, perda, processo, etc.

Após essa etapa, em dinâmicas realizadas, pediu-se aos participantes que descrevessem o que vivenciaram no conflito em que se envolveram. Quais os sentimentos, reações comportamentais e emocionais? A resposta foi: taquicardia, transpiração, elevação do tom de voz, raiva, provocação, agressão, etc. Percebe-se que quando o indivíduo está exposto a um conflito, há uma alta recarga hormonal de adrenalina, hormônio responsável que estimula tais reações.

Os indivíduos relataram ainda que quando estavam substancialmente abrangidos pela zona de conflito, ou seja, no calor da discussão (mesmo sabendo que poderiam se arrepender posteriormente) apresentavam as seguintes condutas: julgamento da outra parte, caricaturas de comportamentos, atribuição de culpa, repressão de comportamento, responsabilização, etc.

⁴¹ COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. A mediação como método eficaz de solução de conflitos e elementos de transformação das relações sociais. p. 145. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/15a12bgw/9dy4ReBnk92vdxLA.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

⁴² CHIOVENDA, Chiuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Bookseller, 2000. v. II. p. 18.

Diante do exposto, sobre os sentimentos, e reações do envolvidos em discórdia, surge uma pergunta que é se o conflito é algo negativo ou positivo ao convívio humano? A primeira resposta dada pelos participantes é que o conflito é algo negativo. Mas, há a possibilidade de se obter resultados positivos, a partir da moderna teoria do conflito, que o analisa como um fenômeno natural da relação entre os seres, conforme estudo de Morton Deustsch, apresentado no item 2.1. A visão dessa teoria se baseia nos seguintes termos: para a guerra se tem a paz, para a briga o entendimento, para a disputa a solução, para a perda o ganho, para o processo a aproximação.

Quando se vê o conflito como algo negativo, suscita-se uma reação denominada “retorno de luta ou fuga”, ou resposta de estresse agudo. Os animais quando se encontram em situação de ameaça, produzem uma descarga do sistema nervoso que os impulsiona à luta ou à fuga.⁴³ A adrenalina é o hormônio, produzido pelo corpo, que estimula a atitude do animal de fugir ou de atacar o oponente.

Num exemplo prático, numa mediação em que há duas partes discutindo sobre seus direitos, o mediador desempenha o papel de estimular o diálogo sem posicionar as partes entre quem está certo e quem está errado. É preciso realizar uma despolarização do fato, em que se afasta polos distintos e se aproximam as partes na construção da solução do problema.

2.1.1 Conflito

O conflito tem a ver com discórdia, ou situação de incompatibilidade entre os indivíduos. De acordo com a definição dada por Douglas Yarn um conflito é sinônimo de uma disputa. Morton Deutsch, também segue a mesma linha de Yarn, em que ambos os termos são sinônimos.

A doutrina em geral procura traçar uma distinção entre conflito e disputa. O segundo se enquadra no caso em que há uma demanda a ser proposta. O conflito por sua vez poderá existir sem que necessariamente haja uma demanda.

De acordo com a definição trazida pelo Manual de Mediação Judicial, organizado pelo Professor Andre Gomma de Azevedo, não há grande importância em delimitar esses termos, mas sim de considerar que a prática prevaleça sobre a semântica, ou seja, de se definir como é que será resolvido e ou dissolvido o conflito.⁴⁴

⁴³CANNON, Walter. **Bodily changes in pain, hunger, fear, and rage.** New York: Appleton, 1915. p. 60.

⁴⁴AZEVEDO, Andre Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação.** Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3. p. 54. Disponível em: <<http://www.enj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2018.

O conflito é oriundo de um ciclo vicioso, em que a cada ação se tem uma reação. Nesse conceito, a reação posterior é sempre mais agravada, do que a atitude que a precedeu. Com essa evolução do grau de resposta à ação ocorrida, os motivos que deram origem à lide, perdem o sentido, e se tornam secundários, à medida que avança o ciclo de ação e reação⁴⁵. Como exemplo, em um caso hipotético de congestionamento de veículos, imagina-se que determinado motorista freia bruscamente, e quase faz o motorista de trás bater o carro. Esse último, irritado com a situação, sentindo-se ofendido, começa a buzinar incessantemente. O primeiro motorista, também começa a buzinar e acena com um gesto obscuro. O segundo chama o primeiro para sair do carro e resolver a situação. O primeiro em resposta sai do carro e danifica o veículo do outro. O segundo parte para cima. Nota-se, no exemplo narrado, que a situação que originou toda a confusão perdeu sentido ficou secundária, ou seja, perdeu seu foco. Se por ventura houvesse um policial que tivesse presenciado a situação, esse caso seria passível de ser enquadrado em um procedimento de juizado especial criminal.

Em uma audiência, o autor provavelmente alegaria que foi vítima. Nesse modelo de espiral de conflitos, ambas as partes são vítimas e também ofensores ou autores do ocorrido.

Assim, percebe-se que a lide se desenvolveu em espirais do conflito, a partir da percepção progressiva das condutas delituosas em que ambas as partes em certo ponto, ora são vítimas, ora são ofensoras ou autoras.

2.1.2 Processos construtivos e destrutivos

O processo judicial em si, geralmente apresenta resultados aquém do esperado. A forma como se conduz o processo, devido a morosidade e alto custo, diversas vezes fazem as partes desistirem antes do fim.⁴⁶ Além disso, a forma como se retrata o caso concreto, objeto da lide, de maneira jurídica, exclui aspectos relevantes e importantes para a compreensão do caso.

⁴⁵CANNON, Walter. **Bodily changes in pain, hunger, fear, and rage**. New York: Appleton, 1915. p. 60.
AZEVEDO, Andre Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3. p. 48. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2018.

⁴⁶ZAMORRA Y CASTILLO. **Proceso, autocomposição e autodefensa**. Cidade do México: Ed. Universidad Autonoma Nacional de Mexico, 1991, p. 238.

Morton Deutsch⁴⁷, classifica a solução de disputas como construtivas e destrutivas. A resolução de conflitos destrutivos são os casos em que ocorre a cessação e descontinuação da relação social, por conta da forma com que se conduz o processo. Geralmente nesses casos, o conflito se expande e provoca danos mais acentuados às relações interpessoais. Esses tipos de disputa são geralmente pautados na disputa, em que há uma busca entre as partes de quem vencerá.

Em disputas construtivas, a partir do ensinamento de Deutsch, as partes se posicionam de forma a fortalecer a relação social. O professor indica algumas características a) estímulo para que as partes criem e desenvolvam soluções criativas sobre o conflito; b) condução, via mediador ou conciliador, para que as partes afastem ou resolvam a atribuição da culpa ao outro; c) construção de condições capazes de fazer com que as partes desenvolvam ou reformulem soluções diante de impasses; d) indução por parte do conciliador ou mediador da situação, para que enrente além das questões jurídicas ventiladas, outros assuntos que influenciaram o trato entre as partes. Em outras palavras, o processo construtivo se volta ao fortalecimento do convívio e da empatia entre as partes.

2.2 Sistema heterocompositivo

A heterocomposição é um método em que as partes nomeiam um terceiro com poder de tomar decisão para conduzir o conflito, com as mesmas atribuições do poder judiciário. Há duas formas utilizadas decorrentes da heterocomposição que é a arbitragem e a jurisdição.

A jurisdição é entendida como proposição da lide à apreciação do judiciário, através de uma ação judicial, em que o juiz proferirá uma sentença. O processualista Chiovenda define jurisdição como:

[...] função do Estado que tem como escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.⁴⁸

A teoria de Giuseppe Chiovenda define a lei como aquela norma abstrata e generalizada e a jurisdição a responsável pelo tratamento aplicado da lei a fatos reais e concretos. Assim a jurisdição é que declara e aplica os direitos existentes. Ou seja, o Estado tem a prerrogativa de

⁴⁷DEUTSCH, Morton. *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*. New Haven: Yale University Press, 1973. p. 422.

AZEVEDO, Andre Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3. p. 351.

⁴⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 2000. v. II. p. 3.

aplicação objetiva do direito ao caso concreto e de realização do saneamento da situação de crise jurídica, ao proferir uma decisão em caráter definitivo e terminativo.

Trata-se do meio em que se tem a presença de um terceiro provido de poder, capaz de impor, via decisão, a norma que será aplicada ao caso em questão. A jurisdição estatal é a solução do conflito por meio do Judiciário, exercido pelo Estado.

Segundo a doutrina de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

[...] é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentando em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).

[...] a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal).⁴⁹

De maneira geral a jurisdição é uma atividade exercida pelo Estado, mas há outros exemplos. Os conselhos de classe também atuam em matéria pertinente à sua atividade, ligado à ética e correção. Outro exemplo é o Conselho de Autoregulação Publicitária (CONAR), responsável pelo julgamento de peças publicitárias. Destaca-se ainda outros conselhos como o Conselho Federal de Contadores (CFC), Conselho Nacional de Educação Física (CONEF), que atuam em atividades ligadas às suas categorias de classes.

Já a arbitragem compreende a eleição de um terceiro escolhido pelas partes, que seja competente juridicamente, para conduzir o procedimento, entretanto não há obrigatoriedade que o árbitro possua formação jurídica, bastando apenas que seja uma pessoa de confiança de ambas as partes envolvidas no litígio. A decisão proferida pelo juízo arbitral terá natureza de título executivo extrajudicial. Esse tema será melhor abordado em capítulo próprio.

2.3 Sistema autocompositivo

⁴⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; Dinamarco, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28. ed. Malheiros, 2012. p.155.

A evolução da sociedade e o convívio social trouxeram avanços para o campo da resolução de conflitos, através da elaboração de novas teorias e de novas formas para se alcançar a pacificação social.

Historicamente, o homem a partir do momento em que passou a viver em grupos até a formação das primeiras comunidades se viu diante de inúmeros atritos entre seus membros, que acabavam gerando conflitos. O conflito definido como meio de perturbação da paz social.

Dessa maneira, a turbação do convívio social fez-se necessário que se tomasse alguma atitude para se buscar o reestabelecimento da situação pacífica dos sujeitos. Nesse contexto, “a eliminação desses conflitos decorrentes da vida em sociedade ocorriam por obra de um ou ambos os sujeitos envolvidos no conflito, ou por intermediação de um terceiro”.⁵⁰

Nesse contexto, a autocomposição passa a ser utilizada segundo relatos da antiguidade, através da escolha de árbitros. Esses eram chamados a partir da influência que tivessem na sociedade, para decidir sobre o conflito em questão. Através de reuniões, as partes firmavam acordos e renunciavam a direitos, com o intuito de obter algo da outra parte. Essa forma de resolução de conflito é também denominada de consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio.⁵¹

A partir desse modelo de resolução de conflitos, se desenvolveu vários métodos, dentre os quais passou-se a admitir na relação litigiosa a figura de um árbitro totalmente imparcial àquela relação jurídica. Aqui se está ainda diante de uma noção de justiça privada, ou seja, sem a presença política organizada do Estado.

O Estado como poder-dever da jurisdição abarcou a função e passou a realizar a figura do terceiro imparcial, passando a desempenhar a justiça pública, com aplicação a toda a sociedade, seja de direitos de grupos ou difusos. A autocomposição como braço judicante afasta a presença autoritária do Estado, ao menos durante a pacificação da disputa, uma vez que futuramente é possível que seja admitido por via judicial.

A grande maioria dos conflitos entre particulares ou da Administração Pública com o cidadão, envolvem direitos disponíveis, e estes podem ser conduzidos pelas partes, que possuem mais condições de restabelecerem a harmonia social. O abarrotamento de processos para a decisão do

⁵⁰MAGALHÃES, Flávia Daiane Sousa; CASELLA, Daniel Marcelo Alves. **Compreendendo o fenômeno jurídico jurisdição**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/3037/1/Compreendendo-O-Fenomeno-Juridico-Jurisdicao/página1.html>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

⁵¹DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 12. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010. p. 245.

judiciário, em que este é compelido a decidir sobre tudo, de maneira muitas vezes discricionária, gera um exaurimento da jurisdição.

Esses meios de resolução de conflitos como a mediação, conciliação e a transação, em que as partes buscam o acordo para resolução da lide, se mostram muito eficientes, com duração reduzida e custos minorizados na solução do problema, sem falar na economia dos gastos com a máquina pública.

O Código de Processo Civil traz em seu bojo, a partir dos princípios constitucionais, o preceito de que o Estado deverá promover a autocomposição como forma primaz para a solução dos conflitos oriundos do resultado lógico das partes alcançarem em prazo razoável respostas e soluções ao mérito discutido.

Sistema calcado a partir do diálogo, em que a decisão da demanda está nas mãos das partes. Tem-se como modelos oriundos da autocomposição alguns exemplos como a negociação, a mediação, a conciliação, a aut mediação.

A negociação se dá por meio do consenso das pessoas envolvidas na lide, com ou sem a interferência de terceiros e que se chega a um acordo através do diálogo e da argumentação. Modelo baseado na negociação integrativa, que traz ganhos mútuos. Nesse modelo os termos de como ocorrerá a negociação é totalmente definido pelas partes, como procedimentos, dia, local e temas que serão discutidos. As partes se limitam apenas a respeitar a previsão do art.104 do Código Civil, de capacidade civil, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não proibida por lei.

A conciliação consiste na presença de um indivíduo, que apresenta propostas de acordo às partes do conflito, de maneira sugestiva e não compulsória. O conciliador elenca alternativas e soluções para o conflito, mas fica a cargo do interesse das partes acatar ou não.

A mediação, por sua vez, pode ser definida como mediação pré-processual, processual, on-line, e outras definições com natureza autocompositiva. A mediação extrajudicial, com previsão expressa no arts. 21 a 23 da Lei de Mediação é aquela que é realizada no âmbito do Judiciário, nas Câmaras, em escritórios de advocacia ou ainda sem a presença de um advogado conforme art. 10 da Lei de Mediação.

A mediação realizada sem que necessariamente tenha havido a iniciação de um processo judicial, traz muitas vantagens aos envolvidos na lide, uma vez que esse modelo aproxima as partes, dissemina o diálogo e proporciona maior autonomia para se solucionar a disputa. Sem contar que esse modelo é mais econômico e rápido.

A filosofia oriental tem grande importância na atualidade para se entender a utilização da autocomposição na resolução de conflitos. Esse método era utilizado, a partir do exercício do diálogo, através de reuniões comunitárias, assembleias e sessões, para a reconstrução e reaproximação das relações, promovendo o perdão e integrando as pessoas de uma comunidade. Confúcio e Lao-Tsé, pensadores chineses do século VI antes de Cristo, ensinavam que para se viver bem é preciso harmonia e cooperação nas relações.

A lógica da autocomposição consiste em empoderar as partes envolvidas no conflito, de maneira que estas possam passar de meras peças de um conflito, para sujeitos da relação. Trata-se da opção feita pelos envolvidos no litígio em buscar a solução por si próprios de maneira a afastar a cultura demandista, em razão da morosidade do judiciário.

As obras da socióloga Riane Eisler, cujos títulos são “O cálice e a espada: nossa história, nosso futuro”⁵² e “O poder da parceria”⁵³, retratam os desafios que a humanidade tem enfrentado, ao longo dos séculos, para passar do modelo estrutural de sociedade, sedimentado na dominação, para um modelo voltado à parceria.

O modelo de sociedade, baseado na dominação, tem como propriedade a subordinação, obediência, a falta de comunicação. Com a evolução da sociedade, necessariamente, passa-se a surgir modelos de relações colaborativas, mais flexíveis, em que as razões do poder “sobre” converte-se em poder “para”, num padrão inclusivo, que prestigia o diálogo e a reciprocidade de valores.

Antonio Carlos Ozorio Nunes, assenta que:

O poder de parceria aos poucos está chegando na sociedade, nas organizações e nas pessoas. A complexidade da vida social e as dificuldades do cotidiano potencializam os problemas e geram impotência nas pessoas para as suas soluções de forma isolada, tornando cada vez mais comuns e recorrentes as expressões como cooperação, colaboração, horizontalidade, soluções compartilhadas, transdisciplinaridade, trabalho em rede e equipes, entre outras nesta direção.⁵⁴

A velocidade da informação, alcançados pela tecnologia, somado a rapidez por respostas a conflitos e problemas vividos por organizações e pessoal, clama por modelos de resolução de conflitos mais modernos e ágeis, calcados no diálogo cooperativo, em que buscam a satisfação de ambas as partes e a sustentabilidade da relação.

⁵² EISLER, Riane. **O cálice e a espada**. Rio de Janeiro: Imago, 2008.

⁵³ EISLER, Riane. **O poder da parceria**. São Paulo: Palas Athena, 2007.

⁵⁴ NUNES, Antônio Carlos Ozório. **Manual de Mediação**: guia prático da autocomposição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 33.

Nos modelos de autocomposição aplicados, por se tratar de uma relação construtiva e democrática, na qual, as partes envolvidas se empenham na construção do diálogo para superar as diferenças, não há sentido em se considerar o Estado como o detentor do monopólio para a resolução de conflitos.

A partir da mudança de paradigma a que a sociedade moderna tem vivido, em que almeja maior celeridade, qualidade e flexibilidade nas relações interpessoais, unido a um método mais célere de resolução de conflitos, é que serão apresentadas as espécies de métodos aplicados na autocomposição.

A autocomposição, de acordo com a fase em que será aplicada, classifica-se em endoprocessual ou extraprocessual. Essa última admite subespécies, de acordo com o momento em que se desenvolve: a) quando realizada antes de se conceber a ideia de processo; b) realizada na premência do processo, ou seja, quando foram realizados atos concretos; e c) realizada fora do processo em curso. Nessa situação, a espécie converte-se em autocomposição endoprocessual, no momento em que seu instrumento é juntado ao processo.

De maneira geral, as pessoas em suas relações, sejam elas profissionais, pessoais ou ainda comerciais, buscam soluções amigáveis para suas controvérsias. Diante de alguma animosidade entre as partes, a lei prevê alguns institutos para solucionar a disputa, embora a mais utilizada seja a judicial.

A autocomposição poderá ser aplicada a qualquer tempo, antes do início do processo; após uma das partes se predispor a ingressar com a ação sem ter efetivado tal decisão;⁵⁵ e durante o trâmite do processo judicial.⁵⁶

Os efeitos da autocomposição são peculiares a cada modelo de espécie e objeto tratado. A autocomposição põe fim à disputa, encerra a incerteza, no entanto pode dar origem a uma novação, a uma renúncia. Pode ainda dar fim ao vínculo entre as partes ou gerar novas obrigações.

O que tem grande relevância no ato da autocomposição é bem definir como será tratada a coisa julgada, a possibilidade de cabimento de ação rescisória ou anulatória. Importante questionar ⁵⁷se os efeitos serão iguais aos da ação judicial, nos casos em que não seja realizada a homologação.

Apesar de haver previsão doutrinária de que a autocomposição é considerada um fenômeno processual, de acordo com a definição do processualista mexicano Niceto Alcalá Zamora, que a define como um tipo de resolução de conflitos, capaz de facilitar a continuidade da relação entre

⁵⁵ De acordo com a Lei nº 9.099, de 1995, que disciplina a transação.

⁵⁶ O art. 269 do Código de Processo Civil, define a transação como uma das formas de pôr fim ao processo “com julgamento de mérito, o que define a situação de direito material objeto do processo”. BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015.

⁵⁷ PETRONIO, CALMON. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta jurídica, 2015. p. 51.

as partes. A partir dessa posição, o fato processual da autocomposição deve ser analisado sob a ótica de que finaliza o conflito e a sentença homologatória finaliza o processo.

Na definição trazida por Carnelutti e Couture, a autocomposição é posta como uma divisão de segundo grau. Em uma postura totalmente diferente, o autor mexicano⁵⁸, estende esse instituto ao primeiro plano ao lado da autotutela e do processo. Desse modo, a autocomposição passa a ser vista não como um instrumento que põe fim ao processo, mas como um meio capaz de resolver o conflito. Em resumo, propicia a solução do conflito podendo ter condições de ser mantido, ou seja, de dar continuidade às partes envolvidas e disseminar a pacificação social. Por se tratar de um negócio jurídico, a autocomposição é sujeita a preencher os requisitos de validade como os de eficácia e de validade, objeto lícito, capacidade dos agentes, forma prevista ou não e livre manifestação de vontade.

Não é apresentado pela legislação um único modelo de autocomposição. A lei até confere uma certa liberdade para que as partes atribuam o modo como conduzirão a solução do conflito⁵⁹, salvo algumas situações específicas em que há previsão legal de como deve ocorrer o procedimento. Por exemplo, nos casos em que a matéria discutida versar sobre bens imóveis, caso haja a transferência da titularidade, obrigatoriamente, deverá ser lavrada uma escritura pública e o registro da mesma, junto ao órgão competente. Outra situação será quando houver exigência de que a autocomposição siga e nesse caso, exige-se que a mesma seja levada ao juízo competente, seja oral ou a termo.

Qualquer forma de autocomposição, seja ela judicial ou extrajudicial, é passível de execução judicial, desde que cumprido todos os requisitos. Os sujeitos da autocomposição são os titulares envolvidos no litígio. Importante ressaltar que para ser sujeito de direitos é imprescindível que haja capacidade jurídica, o que é comum em qualquer negócio. Desse modo, não se admite a realização da autocomposição realizada por menores de idade, ou realizada por procuração ou representante legal de pessoa jurídica sem poderes específicos. Caso o poder público, seja parte, poderá realizar a autocomposição, nos limites em que a lei determina, enquanto que o particular pode agir de qualquer maneira, salvo os casos em que a lei proíba.

Ponto de grande relevância, quando se fala em autocomposição é a espontaneidade e livre manifestação de vontade das partes, essencial para a eficácia do negócio jurídico. Quando há uma desigualdade gritante na relação, seja econômica ou cultural, isso poderá viciar o diálogo das partes e favorecer um dos lados. Alcalá Zamora diz que:

⁵⁸CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. 3. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991. p. 72.

⁵⁹ Art. 107, da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2001 (Código Civil)

[...] para os desconhecedores das interioridades do conflito, a autocomposição aparece como ato de altruísmo, todavia, a motivação interna raramente é altruísta: quem renuncia, transige ou reconhece o faz após um balanceamento dos valores em jogo, que inclui apreciação das chances de vitória, caso houvesse solução adjudicada. Além disso, pode faltar espontaneidade do sacrifício (autocomposição, resignada ou coacionada), quando se verificar algum vício de consentimento.⁶⁰

A autocomposição consiste em um meio que as partes farão concessões recíprocas ou de uma situação em que um dos envolvidos vai ceder totalmente às exigências da outra parte. No que diz respeito aos vícios que envolvem a autocomposição, a desigualdade presente entre as partes, por vezes vicia toda a operação, por meio de uma coação. Nesses casos, uma forte argumentação pode levar a uma autotutela revestida de autocomposição.

Assim, é muito importante que esse instituto seja observado como bons olhos por todas as partes, para que seja possível a promoção de uma sociedade mais justa e igualitária.

2.3.1 Negociação

Negociação é um método de se solucionar conflitos diversos, sejam estes profissionais, políticos, familiares, comerciais. A negociação se resume em relacionar-se, ou seja, no ato de que as partes se valem de dialogar para resolver suas diferenças sem que haja a intervenção ou o auxílio de um terceiro facilitador. Trata-se de uma prática informal e pessoal que é intrínseca à vida em sociedade.

A palavra negociação advém do latim *otium*, que significa negação do ócio. O *Negotium* passou a ser muito utilizado na Roma antiga, com a diminuição da população escrava, já que os cidadãos romanos começaram a ter menos tempo livre. Assim, havia uma espécie de negociação com a finalidade de proporcionar um aumento na qualidade de vida dos romanos. Negociar significa duas ou mais partes, que através do diálogo, por meio de concessões se destinam a realização de um acordo, que apresente benefícios a ambos os envolvidos.

Negociação é o diálogo somente entre os envolvidos em um conflito, com vistas a resolvê-lo de forma amigável, permitindo a continuidade pacífica das relações interpessoais. Trata-se de um mecanismo estruturado e profissional, que permite iniciar um diálogo inexistente, retomar o abandonado ou prosseguir em conversações amistosas e frutíferas. À evidência, um dos envolvidos

⁶⁰CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. 3. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991. In: CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2015. p. 55.

procurará convencer o outro a chegar a um acordo que lhe seja favorável, mas é consciente de que jamais logrará êxito se não puder convencê-lo de que a proposta em discussão trará benefícios a ambos.⁶¹

Quando surge qualquer tipo de conflito, por desentendimento a alguma cláusula contratual, em que as partes reconhecem os benefícios da continuidade da relação, a negociação é o método imprescindível para a resolução das diferenças. Como exemplo, cita-se os contratos de locação em que, geralmente, há o interesse de ambas as partes resolverem o conflito eventual para se manter o contrato. A relação contratual continuada é algo mais recorrente em contratos entre pessoas jurídicas, já que há uma necessidade maior de continuidade dos negócios entre os envolvidos.

A negociação apresenta as seguintes funções: (a) desenvolver acordos específicos, ou seja, determinar como as pessoas devem se comportar em certas situações, estabelecer procedimentos e fortalecer o relacionamento das partes envolvidas no processo; (b) desenvolver políticas de longo prazo sobre papéis, obrigações e privilégios. Um acordo sobre políticas gerais terá implicações sobre múltiplas decisões específicas; (c) mediar a mudança social que ocorre com a falência de estruturas e padrões tradicionais, resultante da alteração das circunstâncias, modificação das necessidades e transformação das relações entre membros e grupos organizacionais.

Assim, a opção pela negociação, traz como benefício a possibilidade de que através do diálogo, se evite uma perda de tempo com o processo e a diminuição de gastos decorrentes da tramitação processual judiciária. Ademais, possibilita também a preservação da discricionariedade dos envolvidos. O jogo da negociação opera em dois níveis, qual é a matéria do conflito que está em debate; e qual será a melhor maneira para se enfrentar a desavença.

2.3.2 Conciliação

A conciliação tem por interesse utilizar-se da autocomposição, auxiliada por um terceiro imparcial. Quando se alcança o acordo entre as partes a autocomposição é o seu resultado. Nos casos em que se homologam judicialmente a autocomposição, esta passa a ser chamada de autocomposição judicial.

Define-se conciliação como o modelo autocompositivo que tem a presença de um terceiro para incentivar, facilitar e auxiliar as partes para que alcancem o acordo. Essa atuação do conciliador poderá ser exercida por um juiz, por um advogado, ou ainda por um terceiro escolhido pelas partes.

⁶¹ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 177.

Esse terceiro que conduz a conciliação poderá propor acordos e/ou orientar as partes para a realização do acordo. A principal distinção quando se afronta a mediação com a conciliação é que no segundo o conciliador manifesta sua opinião na consecução da lide. Com relação à mediação, o mediador atua em um modelo estruturado, controlado, organizado e fiscal.

O conciliador poderá ser judicial de acordo com redação do artigo 334 do Código de Processo Civil de 2015, sua atuação será de natureza auxiliar da justiça. Para exercer essa atividade, de acordo com o artigo 167 da referida lei, exige-se uma capacitação mínima que consiste em um curso de preparação em entidade credenciada, conforme os moldes definidos pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Ministério da Justiça.

Ademais, segundo consta no artigo 318 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015, nos casos que se trate de procedimento comum, haverá obrigatoriamente a designação de audiência de conciliação em todos os processos judiciais. A não realização de conciliação ocorrerá nos casos: em que o autor manifestar desinteresse na petição inicial; o réu pedir dispensa com antecedência de 10 dias antes da audiência.

A conciliação no procedimento judicial recebeu grande relevância, já que de acordo com o § 8º do artigo 334 do Código de Processo Civil, as partes, que de maneira injustificada não comparecerem na audiência de conciliação estarão cometendo um ato atentatório à dignidade da justiça e isso implicará multa de 2% do valor da causa ou da vantagem pretendida.

O Código de Processo Civil de 2015 também trouxe diversas novidades no tratamento da conciliação, como a possibilidade de diversas sessões de conciliação de acordo com a tratativa das partes (CPC, art. 334, § 2º); a intimação para o comparecimento da audiência ocorrer na pessoa do advogado ou do defensor público (CPC, art. 334, § 11); a realização da homologação de conciliação realizada com êxito ocorrer via sentença judicial (CPC, art. 334, § 11). Interessante destacar o artigo 166 do Código de Processo Civil que prevê liberdade procedimental, de acordo com a vontade e tratativa das partes para a realização da conciliação.

Assim, desde que não haja conflito contrário ao que a lei defina, a conciliação poderá livremente ser acordada conforme interesse e vontade das partes.

2.3.3 Aut mediação

A autmediação é definida como uma forma de resolução ética de conflitos, calcada em premissas da Análise Econômica do Direito, que visa se chegar à solução da lide a partir da composição amigável das partes, assessoradas por um advogado. Eduardo Bittar assevera que:

A solução para os conflitos decorrem do desentendimento humano, do entrecchoque de interesses, da disparidade de interpretações sobre fenômenos sociais, do abuso, da lesão à liberdade alheia, pode dar-se por força ética ou por força do direito que pode intervir para pacificar relações humanas, inclusive com recurso à sanção, pressupondo julgamento por terceiros, imposição de uma vontade, autoridade e imperatividade da decisão, com o deslocamento do aparato estatal de onde se decorrem custos e ônus para as partes, além de desgastes emocionais e delonga temporal.⁶²

Na definição do referido autor, para que haja uma solução ética do conflito, é necessário que a decisão seja construída pelas próprias partes, de forma sensata, cortês, sem imposição de autoridade.

A autmediação se enquadra como mais uma opção de solução de conflitos, disponíveis no sistema multiportas. Dessa maneira, as partes têm a prerrogativa de elas mesmas tentar a solução para seus conflitos ou nomear um profissional técnico, que é o advogado para fazer a intermediação da negociação. Adalberto Simão Filho descreve algumas questões levadas em consideração pelas partes na hora de optar pelo procedimento da autmediação:

- i) As partes estão em conflito tal que não mais conseguem tratar umas com as outras e, ainda, nem indicarem negociadores autônomos;
- ii) O negócio jurídico é de tal forma complexo e possui tantos desdobramentos legais que, se torna aconselhável a presença de advogados das partes desde o início dos conflitos;
- iii) Uma das partes pode não concordar em confiar a condução da questão a um mediador externo;
- iv) As partes podem concordar com a mediação externa, mas não conseguem consenso sobre quem ou qual instituição realizaria esta mediação;
- v) Para questões extrajudiciais onde deve preponderar a rapidez na decisão para que as partes possam tomar este ou aquele caminho, a mediação ou a arbitragem não seriam o instrumento inicialmente mais adequado, pois os negócios em andamento poderiam irremediavelmente se comprometer;
- vi) O mediador capacitado na matéria em conflito pode-se arvorar na função de julgador e, a partir de então, passar a direcionar uma das partes para a ideia de que perderá o litígio caso o mesmo seja apresentado ao Poder Judiciário, o que cria uma animosidade clara e uma reação negativa da parte adversa;
- vii) O advogado da parte atingida pelo pré-julgamento oficioso da causa mediação, pode se sentir intimidado com uma eventual apresentação de posição julgadora por parte do mediador e dar por finalizada a mediação no estágio em que a mesma se encontra;
- viii) As partes incorrerão em custos adicionais.⁶³

⁶² BITTAR, Eduardo C. Bianca. **Curso de Ética Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 38

⁶³ SIMÃO FILHO, Adalberto. A técnica de autmediação jurídica aplicada aos negócios e conflitos como alternativa no âmbito do sistema de múltiplas portas. Conpedi. Santa Catarina, 2014. p. 46. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=173>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

Os itens descritos acima são meramente ilustrativos, pois há uma infinidade de tantas outras razões que influenciam as partes na hora de optar por um mecanismo de solução de disputas. A função dos advogados em tal procedimento é primordial para se obter um bom resultado para as partes, já que atuam num primeiro momento, no estudo e comparação de casos correlatos. Analisa todos os ângulos da demanda e empreende uma pesquisa jurisprudencial e doutrinária, com o intuito de clarear para a parte os possíveis desdobramentos que podem gerar o conflito.

É papel ainda do operador do direito de sopesar consequências futuras que podem gerar a demanda, suas vantagens e desvantagens no caso de uma solução mais rápida e eficiente, com vistas à maximização de resultados. Essa análise buscará também analisar e enxergar o problema aos olhos da outra parte, como forma de se conseguir obter um melhor resultado.

Esse mecanismo se constitui a partir do chamamento da outra parte para realizar a autmediação. Isso poderá ocorrer a partir de previsão legal expressa em contrato, assinado pelas partes, prevendo a obrigatoriedade da autmediação como primeiro instrumento na tentativa de tratar os desacordos e desavenças dos indivíduos.

De outra maneira, poderá ocorrer a aplicação do instituto a partir do chamamento da parte contrária para a solução da lide. Uma terceira forma de se admitir a autocomposição é nos casos em que já há um processo judicial em trâmite, mas que as partes realizam a autmediação na tentativa de solução do conflito.

Quanto ao convite para a realização da autmediação, nos casos em que não há previsão expressa em contrato, ocorre por meio de uma notificação enviada, chamada de carta convite. Esse envio de notificação não tem por natureza constituir a outra parte em mora ou dar por determinado um efetivo direito, mas de propor uma forma autmediada focada na maximização de resultados para ambas as partes. Neste ato ainda, solicita-se um prazo entre 5 e 15 dias para resposta da notificação.

Uma vez que as partes cheguem a um acordo por intermédio do procedimento da autmediação, a conclusão será feita por meio de um termo de transação, através de escritura pública ou de instrumento particular.

A inovação desse mecanismo se dá na atuação do Advogado, que atuará focado não na vitória de seu cliente e derrota da parte contrária, mas sim numa atuação totalmente ética, desmunido de belicosidade. Uma atuação voltada à sustentabilidade da solução do conflito, e que aproximam as partes na construção da solução do problema.

Outra novidade é a redução de custos, em vista de uma demanda judicial e a previsibilidade do tempo de duração do procedimento, por se tratar de um contrato em que as partes

se reúnem e definem reuniões e sessões previamente, ou seja, determinam de que maneira ocorrerá todo o processo da autmediação.

A pergunta que surge é por que as partes escolheriam a autmediação e não um mediador ou uma câmara de conciliação? A resposta para essa pergunta é que muitas vezes há a concordância com relação à resolução do conflito por mediação, mas as partes não chegam a um acordo de quem seria esse mediador. No caso da autmediação, as partes seguem um cronograma previamente definido inicialmente e estas são assessoradas por advogados preparados para conduzir essa negociação.

Trata-se aqui de um negócio jurídico de natureza privada. Caso se instaure a autmediação durante o curso do processo judicial as partes se submetem a assumir o compromisso de, em caso de resolução por meio da autmediação, definir via cláusulas contratuais, as custas e honorários advocatícios, a desistência de prazos recursais, com o intuito de no momento do trânsito em julgado da ação, se valer os efeitos da negociação realizada, de modo a conferir maior segurança jurídica.

O termo de transação será assinado pelas partes na presença de duas testemunhas e poderá ser feito por meio de escritura pública, bem como por instrumento particular. Poderá ainda ser solicitado a homologação do termo de transação junto ao juiz competente para possível execução, caso haja descumprimento do acordado. Dentre as dificuldades encontradas pela autmediação destaca-se a falta de informação, de conhecimento e de treinamento para uma maior efetivação do modelo autmediado.

Outra questão que impacta contrário a esse método é a forte influência da cultura bélica em que as partes agem de forma a tentar extrair o máximo de resultado da outra parte. Somado a esse fato, conforme já tratado neste trabalho, o advogado em sua formação atua com objetivo totalmente competitivo, o que na prática nem sempre gera bons resultados, já que na conclusão da lide se tem sempre um perdedor e um ganhador.

Dessa maneira é importante que haja uma abertura por parte dos advogados para perceber os novos métodos como instrumentos necessários para uma solução do conflito mais ágil e com resultados voltados para que ambas as partes se sintam vencedoras.

2.3.4 Etapas para a aplicação da autmediação na resolução de conflitos e atuação do advogado

A base para a realização do instituto da aut mediação consiste, inicialmente, na definição de alguns procedimentos importantes, como: (a) a definição clara e específica do advogado que deterá os poderes de mandato; (b) a definição prévia da quantidade de reuniões ou de sessões que ocorrerão entre as partes; (c) o comprometimento firmado de que as partes não ingressarão com litígio no judiciário; (d) o compromisso de durante as sessões não haver qualquer tipo de gravação, seja por meio de áudio, vídeo ou outro meio de qualquer natureza, como o fotográfico ou o digital; (e) a guarda do sigilo e da confiabilidade entre as partes; (f) a responsabilização e obrigatoriedade de que as partes uma vez assumam as cláusulas previstas em contrato de aut mediação, caso descumpra alguma delas, poderão incorrer em multa e indenização de perdas e danos.

A atuação do advogado nesse mecanismo exige do profissional um compromisso ético e moral expressivo, voltado não somente a ter condições de argumentar e contra-argumentar na busca pelo melhor resultado para seu cliente através da hostilização da outra parte. Exige do advogado um estudo de casos práticos, de consulta jurisprudencial, de maior diálogo com a outra parte, no intuito de identificar pontos mais acessíveis de negociação ou de técnicas para se alcançar a solução do conflito com a parte contrária.

Adalberto Simão Filho define a aut mediação como:

[...] o desenvolvimento por parte do advogado do terceiro milênio, de uma nova postura profissional calcada não tanto nos princípios litigiosos que envolvem o processo de qualquer natureza, mas na ética; na inteligência dos reais valores envolvidos na questão; no compromisso com o direito e com a sociedade, na eficiência e maximização de resultados e, finalmente, na celeridade como forma de agregar valor ao cliente e aos interesses confiados, gerando uma qualidade excepcional aos serviços. Finalmente, redundaria a prática da aut mediação em benefício direto às partes e aos advogados a demonstrar que serviços jurídicos não precisam necessariamente serem prestados no âmbito do Poder Judiciário e das suas estruturas processuais. [...] Uma advocacia criativa de serviços múltiplos e variados pode e deve ser ofertada como forma alternativa de inter-relacionamento profissional com a comunidade, gerando por parte desta última, um interesse que até então não existia e aumentando e ampliando o campo de trabalho dignificando-se a profissão em face da diversidade da oferta de da demanda.⁶⁴

Essa mudança de foco de atuação do advogado, comparado com a advocacia tradicional, em que se busca o diálogo, o respeito pelo outro e a afastabilidade da atuação bélica, da competição entre as partes são os instrumentos chaves para se chegar a um acordo.

⁶⁴ SIMÃO FILHO, Adalberto. Aut mediação jurídica: uma proposta para a solução ética de conflitos. p. 2. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/proposta/autmediacao-juridica-uma-proposta-para-a-solucao-etica-de-conflitos/print>> Acessado em: 14 fev. 2018.

Muito embora na advocacia se tenha a ideia de que em um litígio é preciso que o advogado peça o máximo possível de pedidos para alcançar o melhor resultado para seu cliente, a autmediação se pauta na busca pelo equilíbrio pautado na negociação. O intuito desse modelo é obter resultados mais rápidos e motivar as partes a solucionarem suas lides de forma mais efetiva, com resultados obtidos pelas próprias partes, ou seja, gerar um empoderamento da decisão construída pelos próprios envolvidos.

Dentro desse método, o advogado a partir do planejamento traçado sobre o número de encontros ou reuniões estabelecidas para se discutir e defender os pontos conflitantes, tem mais autonomia e tempo para se debruçar sobre questões importantes do que no modelo tradicional de jurisdição. Sem contar que é afastado o julgamento antecipado ou a perda de espaço processual, muitas vezes oriunda de uma posição defendida controversa.

Importante frisar que não se espera uma conduta isenta e imparcial por parte dos advogados, já que isso não faz sentido, uma vez que cada parte contrata um profissional da sua confiança para defender e mostrar seus interesses.

Portanto, o foco está no advogado ser capacitado a lidar de forma profissional com o conflito, com serenidade, voltado a finalizar o conflito. Interessante ressaltar ainda a possibilidade de realização da autmediação como forma de afastar estratégias de alguns que se valem do processo para protelamento da lide. Nesse caso específico uma previsão contratual para a resolução da lide por esse método seria uma opção para abreviar toda essa demora.

2.4 Outros Mecanismos eminentemente privados de Autocomposição

Alguns mecanismos eminentemente privados de autocomposição: arbitragem não vinculante, arbitragem incentive, mini-trial, júri simulado, ouvidor (*ombudsman*).

A arbitragem não vinculante segue os mesmos moldes de uma arbitragem tradicional, mas difere apenas do resultado proferido pelo árbitro que não é vinculante. Ou seja, a arbitragem não vinculante, o laudo proferido pelo árbitro, não tem qualquer natureza impositiva às partes, mas sim um valor opinativo. O resultado do laudo apresenta todas as características presentes em uma arbitragem convencional.

Na análise proferida pelo árbitro há uma fundamentação objetiva e minuciosa das provas produzidas pelas partes. No entanto, o laudo serve de baliza para que as partes iniciem uma discussão e se baseiem nesse documento para uma solução mais acertada para seus problemas.

Todavia, também é possível a realização da arbitragem *incentive*. Essa modalidade se enquadra numa arbitragem não vinculante em que as partes convencionam uma multa caso uma delas não acate o laudo arbitral proferido e opte por ingressar no judiciário para dirimir o conflito. O valor em questão da multa, em regra, geralmente, corresponde ao custo para pagar os honorários advocatícios e as despesas decorrentes com o procedimento arbitral.

Enfim o *mini-trial* é o modelo utilizado nos Estados Unidos para auxiliar na solução do conflito. É um procedimento chamado de júri simulado, em que as partes relatam sua versão acerca do conflito a um terceiro imparcial. Este, a partir das alegações de ambos, formula um laudo de forma técnica, e encaminha aos dirigentes das empresas envolvidas no problema.

Nesse mecanismo, possibilita que haja a atuação dos advogados, para que exponham os argumentos de seus clientes, o que possibilita entender mais a fundo os motivos controversos aos olhos da outra parte.

O júri simulado tem o intuito de mostrar qual seria possivelmente os rumos da ação se fosse proposta num tribunal e seus possíveis desdobramentos. A decisão proferida é não vinculante, com intuito de apresentar maiores elementos para a realização de uma negociação.

Seguindo, o ouvidor (*ombudsman*) é uma pessoa escolhida e nomeada por uma instituição pública, entre representantes de um grupo ou categoria, com a missão de atuar contra os abusos, retardos ou falta de efetividade na realização dos direitos pertencentes àquele grupo. É uma palavra de origem sueca que significa representante do cidadão. Nos países escandinavos é o ouvidor geral, que tem a função de canalizar problemas e reclamações da sociedade. Suas decisões não anulam nem concedem direitos.

O conselheiro age na formulação de recomendação, de apontar aonde estão os problemas, indicando direitos para possíveis soluções. Essa função não é derivada apenas do poder público, mas o ouvidor está presente também em outras instituições privadas como em hospitais, universidades, igrejas, etc. Geralmente são nomeações por tempo determinado, e durante esse período gozam de estabilidade e não sujeitos a qualquer tipo de hierarquia funcional.

Enfim, há também o programa de reclamações que é voltado, geralmente, para a prestação de informação ao consumidor. São sistemas cujo objetivo é dar publicidade a problemas decorrentes de empresas e consumidores, sobre produtos e prestação de serviço.

Geralmente estes canais dispõem de mecanismos de aproximação de empresas e consumidores para solucionar conflitos amigavelmente ou para direcionar o problema para órgãos públicos de fiscalização, como, por exemplo, as demandas de saúde pública, tributária e higiene.

No Brasil quem desempenha essa função de *ombudsman* é a Defensoria Pública⁶⁵, o Ministério Público, as Procuradorias e a Advocacia Privada (no ajuizamento de ações do controle concentrado). Trata-se portanto do desempenho de atividades essenciais à justiça.

2.5 Resultados da autocomposição

A autocomposição poderá ter como resultados a renúncia, submissão ou a transação.

a) Renúncia

A renúncia é uma das respostas possíveis da autocomposição. Ocorre quando qualquer dos titulares da demanda desiste e sai da demanda, de maneira totalmente unilateral, sem exigência de qualquer contrapartida. Como fala-se em abandono unilateral de uma das partes, não exige que haja concordância da outra parte.

Qualquer das partes quando opta pela renúncia na fase processual, tem como consequência o abandono definitivo do processo com o seu julgamento de mérito, o que torna esse conflito plenamente resolvido e extinto.

Não se confunde renúncia com desistência. Conforme exposto a renúncia é um ato unilateral que extingue o processo. Com relação à desistência, nesse caso há a extinção do processo sem resolução do mérito. Assim, nesse caso, a ação é passível de ser novamente ingressada.

b) Submissão

A submissão não pode ser confundida com a confissão já que aquela é a aceitação de solução de conflito proposto pela parte contrária. Caso um dos autores de uma disputa abra mão de dar continuidade ao conflito, a submissão se define como uma autocomposição unilateral que prescinde de qualquer aceitação da parte contrária.

Quando se fala em confissão essa postura consiste nos fatos apresentados pelo autor. No caso da submissão, há o reconhecimento do direito sobre o qual fundou a disputa, o que por

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A advocacia pública como função essencial à justiça. *Conjur*, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

consequência põe fim ao conflito. Fredie Didier Junior define que a submissão ocorre quando uma das partes se submete à vontade da outra voluntariamente.⁶⁶

Como exemplo cita-se “A” que reconhece ter uma dívida de X com “B” e se sujeita a pagar o valor de X+2 proposto por “B”. Nessa situação hipotética a submissão passa a ser chamada de “reconhecimento jurídico do pedido”. A submissão consiste em um ato voluntário.

Como efeito, a submissão gera a resolução definitiva do conflito e o julgamento do mérito.

c) Transação

A transação é uma forma em que as partes, através de concessões busca chegar a um acordo. Nas palavras de Clovis Bevilacqua: “Transação é um ato jurídico pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem ou previnem litígios. É da essência deste ato a reciprocidade, sem a qual haverá doação. É também de sua essência haver dúvida, litígio ou contestação nos direitos respectivos”.⁶⁷

Washington de Barros Monteiro⁶⁸ define a transação como “ato jurídico bilateral, pelo qual as partes fazendo concessões recíprocas extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas”, e finaliza que “torna-se essencial à transação: a) reciprocidade do ônus e vantagens; b) existência de litígio, dúvida ou controvérsia entre as partes”.

Há uma definição dada por Silvio Rodrigues, que a transação seria a composição a que recorrem as partes para evitar os riscos de uma lide, ou para encerrar demandas em que se encontram envolvidas; de modo que, as partes com medo de ter resultados inesperados, ou da longa duração da lide, decidem abrir mão, reciprocamente, de algumas vantagens potenciais, em troca da tranquilidade que não têm.⁶⁹ Essa visão de que a transação busca uma maior previsibilidade, tranquilidade e rapidez na resolução dos conflitos é o motivo que levam as partes optarem por esse método e não pelo processo judicial com toda sua demora e incerteza de resultados.

Conforme já explicitado a transação consiste em um acordo em que a parte, de maneira efetiva faz concessões à outra parte. Nas palavras de Petronio Calmon “a transação situa-se entre a

⁶⁶ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil - Parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 78.

⁶⁷ BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1931. p. 137.

⁶⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das obrigações – Primeira parte. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 341.

⁶⁹ RODRIGUES, Silvio. Transação. In: Enciclopédia Saraiva do direito. São Paulo: Saraiva, 1982. v. 74. p.277.

renúncia e a submissão, ou, em outras palavras, entre o abandono da pretensão material e o abandono da resistência a essa pretensão.⁷⁰

A finalidade da transação é afastar o estado de incerteza que paira na relação de conflito entre as partes. É o ato de superar as incertezas a partir das concessões realizadas pelas próprias partes envolvidas na disputa. Caso o acordo realizado seja de concessão de benefícios a apenas uma das partes, essa transação será considerada arbitrária ou infundada, já que não se percebe as concessões por ambas as partes.

O elemento surpresa em que não se sabe o que esperar, ou de qual será a decisão da outra parte é o que leva as partes a optarem pela transação. Caso se estivesse diante de um caso mais previsível de resultados, possivelmente se afastaria o interesse das partes em optarem pela transação para pôr fim ao conflito. Até mesmo na situação em que uma parte tem grande convicção quanto ao resultado que atingirá, a transação tem grande relevância, por causa do tempo em que poderá demorar a solução de um conflito. A dúvida não está diretamente ligada somente ao direito material posto no processo, mas engloba todos os demais fatores que as partes envolvidas têm capacidade para discernir.

O elemento da dúvida sustentado não é a subjetiva decorrente da lide.⁷¹ Está ligado à dúvida objetiva de qual será o caminho da demanda. Como o juiz decidirá, se poderá haver um possível acordo. Nesse ponto, sentença e transação se assemelham, já que ambas põem fim às incertezas e resolvem o conflito. Lucio Moscarini e Nicola Corbo⁷² tratam da “semelhança do resultado proveniente da transação com o da sentença, caracterizados ambos pela superação da incerteza, tida como trato caracterizador da lide”.

2.6 Sistema de múltiplas portas (multidoor courthouse system)

O sistema multiportas agrega diversos mecanismos não adversários para se alcançar a solução do conflito. Esse método de resolução alternativa de conflitos compreende diversas opções ou portas, a partir da apresentação do conflito. Dentre os meios propostos, as partes elegem o mais adequado para que se alcance um acordo eficaz e satisfatório a ambos os envolvidos na lide.

⁷⁰ CALMON, Pretonio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 62.

⁷¹ Subjetiva no sentido da convicção e da certeza do direito discutido.

⁷² CORBO, Nicola. MOSCARINI, Lúcio. *Transazione I – Diritto civile In: Enciclopédia giurídica v. XXXI*. Roma. p. 90

Esse modelo que tem ampla aplicação nos Estados Unidos, surgiu na década de 1970, a partir dos estudos do professor Frank Sander, da Universidade de Harvard, em que projetou a criação de um centro de resolução de conflitos, em que os litigantes seriam selecionados e dirigidos para formas alternativas de resolução do conflito, como mediação, *ombudsman*, arbitragem, dentre outras.

De acordo com esse sistema foi estabelecido cinco critérios para aplicação alternativa de resolução de conflitos, conforme define Adalberto Simão Filho⁷³:

- a) A natureza da disputa – Problemas policêntricos nos quais não há implicações ou diretrizes claras têm mais possibilidades de serem resolvidos pelas próprias partes melhor que com a intervenção imposta externamente. Nesse caso, podem ser usadas formas alternativas de resolução de disputas aonde não haja a interferência de terceiro na tomada de decisões, como é o caso da mediação no Brasil, ou da mediação facilitativa nos Estados Unidos. Todavia, em casos de disputas repetitivas e rotinizadas, mais adequada seria a aplicação de processos adjudicatórios mais formais.
- b) Relacionamento entre as partes – em casos nos quais as situações são caracterizadas por relações continuadas entre as partes, é importante que os sujeitos envolvidos na disputa trabalhem em conjunto a fim de encontrar suas próprias soluções para garantir que qualquer acordo seja aceitável e duradouro. Aqui prevalece exatamente o interesse da preservação do relacionamento. Da mesma forma, considera-se que nesse caso a negociação e, em especial, a mediação, seriam métodos preferíveis.
- c) Valor na disputa – as despesas do processo devem ser proporcionais aos valores em jogo. Disputas envolvendo valores pequenos ou outros custos devem ser mais convenientes processos aonde as partes fiquem em pé de igualdade. Disputas nos quais maiores custos e riscos são colocados devem ser adjudicados com a panóplia proteção de um processo justo. Contudo, não se deve olvidar que casos pequenos podem envolver tópicos complicados enquanto casos grandes podem ser simples. A novidade ou complexidades das questões em jogo podem ser um bom indicador de qual processo de resolução é mais indicado, assim como no que tange aos custos envolvidos.
- d) Custo na resolução da disputa – acordos em disputas devem ter um justo custo-benefício. No caso da aplicação dos métodos alternativos no sistema das múltiplas portas, se todos os fatores forem equânimes, o custo deve ser mantido o mais baixo possível.
- e) Velocidade na resolução da disputa – o método mais rápido na resolução do conflito deve ser preferido.

Devido a eficiência e praticidade alcançadas a partir do modelo de multiportas, diversos países passaram a utilizar esses mecanismos na solução de conflitos. Na visão apresentada por Sander, o acesso ao judiciário, nesse modelo, não seria nada mais do que uma das portas de solução de conflitos. Não se está aqui minorizando a importância que o acesso à justiça estatal representa, mas apresentando outras formas eficazes disponíveis para a dissolução de disputas.⁷⁴

⁷³ SIMÃO FILHO, Adalberto. A técnica de autmediação jurídica aplicada aos negócios e conflitos como alternativa no âmbito do sistema de múltiplas portas. Conpedi. Santa Catarina, 2014. p. 46. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=173>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

⁷⁴ SANDER, Frank; CRESPO, Mariana Hernandez . Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas na obra organizada por Rafael Alves de Almeida. Tania Almeida

Dessa maneira, a aplicação desse sistema multiportas no Brasil se efetiva a partir da aplicação de métodos como a negociação, a mediação, ou ainda a autmediação, como também por tantas outras formas, a partir de uma análise valorativa e econômica do conflito.

2.7 Políticas públicas em resolução apropriada de disputas (RADS)

O Conselho Nacional de Justiça, na década de 1990 passou a discutir políticas públicas de tratamento de conflitos através de métodos autocompositivos e heterocompositivos.

Em 2010, foi publicada a Resolução 125, pelo Conselho Nacional de Justiça, que trata sobre a necessidade de se melhorar práticas aplicadas no âmbito dos tribunais que consiste no estímulo da mediação civil, mediação comunitária, conciliação, dentre outras. Esse incentivo não se resume apenas no desenvolvimento de serviços durante o curso do processo, mas também uma maior atuação do judiciário na prevenção de novas demandas através de mecanismos pré-processuais como a mediação e a conciliação.

A Resolução 125/2010 do CNJ surgiu a partir de projetos pilotos nos mais diversos campos da autocomposição como: na mediação comunitária, conciliação previdenciária, mediação civil, dentre outras, e também por outras práticas autocompositivas chamadas de oficinas na área de prevenção em violência doméstica, mediação vítima-ofensor, conciliação em desapropriações entre outras. Sua finalidade prevê: a) a propagação de uma cultura de pacificação social e autocomposição; b) a disseminação de programas de autocomposição.

Esse modelo surgiu com o intuito de mudar a imagem do judiciário, visto por grande parte dos jurisdicionados como o impositor de decisões e de sentenças. Tem-se confirmado ao longo do tempo o insucesso do Estado na busca pela paz social a partir do modelo processual tradicional de lide. Ecoa-se a voz dos interessados pelo afastamento de fórmulas positivadas e a aplicação de modelos pré-processuais como auxiliar do modelo heterocompositivo.

O manual de Resolução 125, define que um maior acesso à justiça não significa possibilitar um maior número de pessoas litigando no judiciário, mas a inclusão dos indivíduos à margem do sistema, e a abertura para que esses possam ver suas demandas solucionadas por autocomposição ou pela heterocomposição. O modelo mais eficiente desse processo é a

e Mariana Hernandez Crespo intitulada Tribunal Multiportas – Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Editora FGV: Rio de Janeiro. 2012. p. 33.

conscientização de que as pessoas fazem parte do processo decisório e isso traz uma maior efetividade e solução às demandas.

Percebe-se assim que o acesso à justiça está intimamente ligado não a uma maior abertura de se litigar no judiciário, mas sim com a obtenção do resultado da demanda em tempo hábil e a satisfação dos interessados.

Esse campo denominado de Resolução apropriada de disputas – RAD, é composto por uma série de métodos para se resolver conflitos. Tais procedimentos proporcionam opções diversas, na realização de acordos, solução de disputas, conforme a gravidade do caso. Essa sigla surgiu à princípio como Resolução Alternativa de Disputas, definida como um método considerado alternativo na solução de conflitos. Atualmente, a doutrina tem se filiado à definição de resolução adequada ou amigável de disputas.

O modelo de busca por solução de conflitos envolve um conjunto de órgãos como as defensorias públicas, ministério público, secretarias de justiça, etc. Dentre os mecanismos utilizados, os mais conhecidos são o processo judicial, arbitragem, conciliação, a mediação e a negociação. Nota-se que a Resolução Apropriada de Disputas (RAD's) compõe um sistema pluriprocessual, para busca de soluções a demandas. Dos diversos métodos apresentados, não há um mais importante do que o outro para a solução de um conflito, mas sim um modelo que melhor se encaixa ao tipo de demanda das partes. Assim, a escolha do instrumento que será utilizado como meio de solução da demanda terá como quesitos: o custo financeiro, o sigilo, custos emocionais que envolvem a lide, manutenção da relação, a urgência no adimplemento, a possibilidade de recorribilidade.

Dessa maneira, quando se está diante de uma discussão entre vizinhos, em que há uma convivência duradora das partes de convívio, indica-se como meio mais oportuno, para se assegurar a manutenção desse relacionamento, a mediação. Em contrapartida, nos casos em que há a necessidade de um resultado com maior repercussão pública (disputa em que figuram no polo da ação direitos individuais e homogêneos de consumidores), indica-se que se valha de processo com elevada recorribilidade, pois se abre a possibilidade de formar precedente e que essa decisão atinja um maior número de demandantes. Nesse último exemplo o processo judicial se mostra mais apto para o tratamento dessas demandas.

A inserção desses procedimentos alternativos ao modelo tradicional (judicial) de resolução de conflitos, surgiu na década de 1970, nos Estados Unidos, a partir dos estudos do professor Frank Sander, que enxergou o Judiciário como um meio de resolução de conflitos, que se vale de diversos caminhos para solução. Sua proposta, denominada de Fórum MultiPortas (Multidoor

Courthouse), disponibiliza diversos mecanismos para cada caso, e dentre as possibilidades, as características e aceções das partes e da lide em si é que definem qual o melhor meio que promoverá a demanda.

Tarso Genro assevera o estímulo do uso de práticas cooperativas:

O acesso à Justiça deve, sob o prisma da autocomposição, estimular, difundir e educar seu usuário a melhor resolver conflitos por meio de ações comunicativas. Passa-se a compreender o usuário do Poder Judiciário como não apenas aquele que, por um motivo ou outro, encontra-se em um dos polos de uma relação jurídica processual – o usuário do poder judiciário é também todo e qualquer ser humano que possa aprender a melhor resolver seus conflitos, por meio de comunicações eficientes – estimuladas por terceiros, como na mediação ou diretamente, como na negociação. O verdadeiro acesso à Justiça abrange não apenas a prevenção e reparação de direitos, mas a realização de soluções negociadas e o fomento da mobilização da sociedade para que possa participar ativamente dos procedimentos de resolução de disputas como de seus resultados.⁷⁵

Nesse viés, em vez de se ter apenas uma única porta que seria o processo judicial, fala-se em um centro de justiça, organizado pelo Estado e amparado pela iniciativa privada, em que as partes participam e se encaixam em modelos mais adequados para as disputas em que compõem.

Dentre as definições trazidas pela Resolução do CNJ, destaca-se o art. 7º e 8º com a previsão: a) planejamento estratégico dos Tribunais para a implementação de centros de auxílio para a resolução de conflitos; b) a capacitação de instrutores conciliadores e mediadores; c) a prestação de consultorias para a criação de centros no âmbito dos tribunais; d) o estímulo do diálogo junto a coordenadores de núcleos; e) a disponibilização de materiais pedagógicos para prestar informações; f) oferta por parte dos tribunais de cursos de capacitação para empresas particulares interessadas em atuar em mediação ou conciliação.

3 ASPECTOS JURÍDICOS DA ARBITRAGEM

A arbitragem se enquadra como um meio privado e eletivo pelas partes para a solução do conflito, contanto que verse sobre direitos patrimoniais e disponíveis. A decisão proferida é através de uma sentença arbitral, conforme previsão expressa pela Lei nº 9.307/1996. Ocorre que em caso de descumprimento da sentença entre as partes a coerção se dará via poder judiciário.⁷⁶

⁷⁵ GENRO, Tarso. Manual de mediação judicial. 2009. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1321/1309>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

⁷⁶ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 9.

A arbitragem é o meio em que as partes se valem da presença de um terceiro imparcial para resolver suas disputas. A escolha desse terceiro ocorre de forma voluntária, por meio de uma assinatura prevista em contrato de cláusula compromissória ou por um compromisso arbitral.

Desde a antiguidade esse meio de resolução de conflitos é utilizado. O povo Hebreu, de acordo com a Bíblia, traz relatos de conflitos decididos por intermédio da arbitragem.⁷⁷No Direito Romano a arbitragem era espontânea e facultativa, muito estimulada para que se resolvessem conflitos.⁷⁸

No direito brasileiro a arbitragem passou a ser prevista no Código Civil de 1916 intitulada de “compromisso”, de acordo com o art. 1037 a 1048, mas não gerou grande repercussão, já que a sua aplicação, conforme o Código de Processo Civil de 1973 exigia que houvesse a homologação de um “laudo arbitral, documento atualmente que corresponde à sentença arbitral”.

Nesse viés, todo caso decidido por meio da arbitragem era levado para o judiciário, que se transformava em segundo grau de jurisdição da arbitragem.

Após a promulgação da lei 9.307/1996, deixou de ser necessário a homologação judicial, e também a decisão proferida pelo árbitro se equiparou a do juiz togado. A sentença do árbitro, nos termos do art. 515, VII, do Código de Processo Civil, passou a constituir título executivo judicial fazendo coisa julgada material quando decidido o mérito do conflito.⁷⁹

Outras previsões também contribuíram para o fortalecimento desse instituto como meio alternativo para a resolução de conflitos, como a previsão trazida pelo art. 485, VII, e 337, X do Código de Processo Civil, que prevê a extinção do processo sem resolução do mérito pela existência de convenção de arbitragem entre as partes, quando alegada em preliminar à contestação, bem como o art. 8º e 20 da Lei de Arbitragem, que conferem competência ao árbitro para decidir sobre nulidade do contrato em casos em que conste cláusula arbitral prevista no mesmo.

Conforme Luiz Antônio Scavone Junior⁸⁰:

⁷⁷ A passagem bíblica do livro de Genesis 31:36 e 37 NVI: “Jacó ficou irritado e entrou em conflito com Labão. E respondeu dizendo a Labão: Qual foi a minha deslealdade? Qual é o meu pecado, para você me perseguir tão furiosamente? Você apalpou todas as minhas coisas: encontrou alguma coisa da sua casa? Coloque-a aqui, diante de meus irmãos e de seus irmãos, e que eles tirem a prova entre nós dois”. Labão reclamava que Jacó o acusava de ter furtado ídolos que lhe pertenciam.

⁷⁸ DOLINGER, Jacob. Conciliação e arbitragem no Direito judaico, apud: Luiz Roberto Ayoub. **Arbitragem**: o acesso à justiça e a efetividade do processo – uma nova proposta. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 23.

⁷⁹ Código de Processo Civil, art. 502: (...) “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.”

⁸⁰ SCAVONE JR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**: mediação e conciliação. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 2.

A arbitragem pode ser definida, assim, como o meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida.

O meio arbitral de resolução de conflito surge a partir da vontade das partes de abdicar-se de seu direito ingressarem na esfera judicial e optarem por um árbitro experiente e capacitado para aquela demanda específica para proferir uma sentença arbitral. Essa decisão, de acordo com art. 515 do Código de Processo Civil é um título executivo judicial.

Dessa maneira, qualquer pessoa capaz poderá atuar como árbitro, desde que seja de confiança das partes. Se num contrato houver uma cláusula arbitral expressa diante de qualquer conflito entre as partes, o procedimento adotado inicial será a arbitragem. Nesse caso, o árbitro, poderá ser escolhido, segundo sua capacidade técnica. Como exemplo, se a discussão do contrato for referente a uma reforma, em que as partes não concordem, o árbitro escolhido poderá ser um pedreiro, por conta da sua experiência, um engenheiro ou até um mestre de obras. Percebe-se que não há necessidade de conhecimento ou formação jurídica por parte desse árbitro.

A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O juízo arbitral em sua atividade aplica o direito ao caso concreto e, por conseguinte, põe fim à disputa entre os indivíduos. A decisão se resulta pela prolação da sentença, que não necessita de homologação pelo judiciário.⁸¹

Ainda que o árbitro não tenha condição de fazer valer, por meio da coerção, as decisões que toma, sejam elas, tutelas provisórias, cautelares, de urgência ou de evidência, sua decisão é munida de caráter jurisdicional.

Interessante frisar que a sentença arbitral tem a vantagem de gerar o mesmo efeito da sentença judicial, em poucos meses, o que se mostra como um mecanismo apto à solução de conflitos de maneira mais simples e rápida. Imagina-se um fato hipotético de uma empresa que exporte café, e que decida adquirir uma grande quantidade desse produto na próxima safra, em virtude da expectativa de aumento de vendas e de interessados no produto beneficiado. Dessa maneira a empresa exportadora realiza um contrato de compra e venda da safra futura de determinado produtor rural.

Nesse contrato, suponha que haja uma de suas cláusulas com a seguinte redação: Em caso de eventual quebra da safra, desde que o produtor rural tenha tomado todas as providências de natureza técnica para realizar uma colheita de qualidade, o comprador se obrigará a arcar integralmente com o preço estabelecido previamente.

⁸¹ NERY JR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 1300.

Supomos que, com a quebra da safra, as partes ao interpretarem as cláusulas contratuais discordam e se vejam num impasse. O vendedor não concorda com o recebimento de valor inferior ao firmado no contrato. Já o comprador alega que pagará somente sobre a quantidade de mercadorias entregues, uma vez que o vendedor deixou de cumprir alguns termos do contrato.

Nesse tipo de relação, a previsão contratual de uma cláusula arbitral poderá abreviar bastante o conflito em relação a uma lide que tramite no poder judiciário. No caso de uma ação judicial será necessária uma petição inicial, citação das partes, contestação, audiência de instrução e julgamento, sentença, possibilidade de proposição de embargos de declaração, apelação, acórdão, dentre outros procedimentos, com duração de vários anos para se chegar a um resultado, que por vezes é insatisfatório para as partes.

Já na arbitragem, a partir do momento em que há um acordo entre as partes de quem conduzirá a arbitragem, a resolução do conflito ocorre de forma muito rápida, com duração de alguns meses. A sentença arbitral proferida, conforme art. 18 e 31 da Lei de Arbitragem, define que a decisão produzida pelo árbitro é sentença que não admite recurso, ou seja, está equiparada a uma sentença proferida pelo poder judiciário.⁸²

Dentre as vantagens de se optar pela Arbitragem se destaca: (a) Especialização: A possibilidade de se ter um profissional especialista, com expertise no assunto controverso. A solução judicial geralmente não dispõe de uma análise e de um parecer técnico, que seja escolhido pelas partes; (b) irrecorribilidade: A formação de uma decisão irrecorrível, que não é passível de recurso; (c) Rapidez: Procedimento objetivo, eficiente e rápido, que ocorre em tempo muito menor do que uma ação judicial; (d) informalidade: Procedimento que embora seja pautado nos limites da lei 9307/1996, é eivada de informalidades, já que deixa a cargo das partes a escolha dos árbitros e dos procedimentos que serão utilizados na solução da demanda.⁸³

Bem como, a (e) Confidencialidade: Diferente do princípio da publicidade que paira sobre o processo judicial, na arbitragem prevalece o sigilo conforme art. 189 do CPC. Essa característica de sigilo perdura desde a assinatura do termo de arbitragem, durante a processo de conhecimento, até a fase de execução perante o judiciário. A execução é entendida como parte do processo de

⁸² “Art. 18, da Lei da Arbitragem. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”

“Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”

⁸³ MUNIZ, Joaquim de Paiva. A arbitragem ao alcance de todos – **Cartilha da arbitragem, Rio de Janeiro**. OAB-RJ, 2014. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20080821/not_imp227925.0.php>. Acesso em: 07 fev. 2015.

arbitragem, embora transcorra no âmbito judicial. Dessa maneira, o sigilo que amparou todo o procedimento de conhecimento será mantido na fase de execução.

O árbitro, de acordo com o art. 18 a 31 da Lei de Arbitragem, é juiz de fato e de direito e nesse ínterim impõe sua decisão por meio de sentença.

3.1 Perícia arbitral

É a técnica desempenhada por peritos que auxiliam magistrados ou partes na resolução de conflitos. Geralmente, são atos designados por juízes ou árbitros para se elucidar fatos controversos. Há situações que as perícias são solicitadas pelas próprias partes, quando há uma discordância de aspectos técnicos. As perícias poderão ser restritas a questões específicas ou a vários quesitos da disputa.

Os benefícios desse tipo de mecanismo é a possibilidade de se valer de um alto rigor técnico, através de pareceres com alto conhecimento específico àquela disputa. Os pareceres conferem grande autonomia às partes na definição de suas próprias obrigações e objetivos.

3.2 Outras formas de Arbitragem

Arbitragem baseball, também denominada de última oferta, compreende a situação em que uma mediação na área comercial foi frustrada, e que se insere o método da arbitragem para se resolver a lide. É o caso em que as partes conferem a um árbitro a capacidade de decidir o caso em tela. Esse modelo promove o estímulo para que as partes tentem solucionar seus conflitos, em tempo razoável, através da arbitragem, de maneira que as mesmas possam escolher, de comum acordo o árbitro que conduzirá seu caso.

Na Arbitragem night baseball é outra espécie, em que o árbitro primeiramente engendra a sentença para posteriormente apresentar às partes. Ocorre que as partes passam a fazer ofertas e o Magistrado revelará sua sentença de acordo com aquela que mais se aproximar à sua posição. Nesse caso, é revelado o conteúdo da sentença, embora a decisão definitiva seja uma entre as duas ofertas das partes, aquela que mais se aproximar da decisão do magistrado.

Outra forma é a Arbitragem bouded ou High Low, que consiste no método que apresenta características muito parecidas com a arbitragem night baseball, diferindo apenas em seu desfecho.

As partes ajustam privativamente suas intenções, sem informar ao árbitro as alterações da sentença proferida. Petronio Calmon⁸⁴ ensina que:

Se uma das partes pretende receber um valor alto e a parte contrária concorda em pagar um valor inferior, ambos expressos monetariamente, caso a decisão do árbitro seja por um valor menor que o mínimo já fixado, manter-se-á esse mínimo como *quantum* da condenação. Caso contrário, fixando o árbitro valor superior ao máximo acordado entre as partes, acomoda-se a decisão final a esse limite. Todavia, caso o árbitro fixe valor intermediário entre a oferta mínima e a máxima, o valor fixado na sentença arbitral será o definitivo, desprezando-se as ofertas das partes.

Nesse modelo se prioriza a vontade das partes, ou seja, o trato realizado entre elas.

A *court-annexed arbitration* é a arbitragem anexa ao juízo, para solucionar conflitos a ela encaminhados por solicitação das partes. É o incentivo da corte judicial para que as partes tentem resolver sua lide através da arbitragem. Esse programa é desenvolvido através de parcerias entre o judiciário e instituições privadas de arbitragem.

Quando as partes optam pelo procedimento da arbitragem, depois de analisado todo o caso e ocorrido todo o tramite, é proferida a sentença arbitral e concedido um prazo para análise e manifestação. Caso as partes não concordem com a decisão arbitral, poderão solicitar que o procedimento judicial retome seu curso e essa decisão passa a ser considerada como apenas um laudo opinativo sem caráter vinculante.

No Brasil muito embora haja previsão legal em algumas leis sobre o desenvolvimento desse modelo de parceria entre o judiciário e a arbitragem, não houve grande incentivo para esse modelo.

Por fim, se destaca também a arbitragem denominada *Rent a judge*, que na tradução para o português significa alugar um juiz, é uma técnica de origem americana, em que, se contrata um árbitro para prolatar somente a sentença do processo, já que toda a fase de instrução, ou seja, de colheita de dados é conduzida pelo magistrado estatal.

O intuito dessa técnica é a rapidez no processo em se chegar o mais breve possível a uma sentença. Nos Estados Unidos 48 jurisdições adotam o *rent a judge* variando a regra de um Estado para o outro. Há Estados que responsabilizam as partes no pagamento dos honorários, já em outros não se admite honorários ou essa incumbência recai sobre o próprio Estado.

⁸⁴ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2015. p. 90.

Esse mecanismo embora tenha muita semelhança com o *court annexed arbitration*, é diferente, já que nesse há a presença do árbitro desde o início do processo. Já no *rent a judge* o árbitro não tem acesso à fase instrutora agindo somente na prolação da sentença.

3.3 Mediação ou conciliação em conjunto com a arbitragem

A arbitragem mesmo sendo um meio heterocompositivo admite a possibilidade de outros meios de solução de conflitos durante o seu processo. Há contratos que preveem a tentativa de solução de conflitos inicialmente por mediação ou conciliação, antes mesmo de se aplicar a arbitragem. Nos casos em que houver essa previsão expressa, de acordo com o art. 22 da Lei 13.140/2015, deverá conter: I- prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite; II- local da primeira reunião de mediação; III- critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação; IV- penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação.

Dessa maneira destaca-se a mediação ou conciliação antes da arbitragem e também o método denominado Arbitragem/Mediação arb/med.

No primeiro caso definido pela ocorrência de mediação ou conciliação antes da arbitragem, admite-se que antes de qualquer procedimento arbitral ou judicial as partes possam iniciar pelo mecanismo da conciliação ou mediação.

De acordo com o art. 21 da Lei 13.140/2015, qualquer das partes pode chamar a outra para uma reunião, por meio de carta, e-mail, cartório de títulos ou documento.⁸⁵ Essa liberdade procedimental, confere autonomia às partes, conforme prevê o art. 2º da Lei 13.140/2015, no seu § 2º que: “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de medição”, definição que se estende também à conciliação extrajudicial. No caso de conciliação judicial, esta poderá ser exigida e ainda incidir em multa, nos moldes do art. 334 do Código de Processo Civil, caso a parte se abstenha de comparecer.

Nesse cenário há a possibilidade de se prever uma cláusula escalonada, em que as partes se obrigam a se submeterem inicialmente às técnicas de mediação ou conciliação, antes da aplicação

⁸⁵“Art. 21. O convite para iniciar o procedimento de mediação extrajudicial poderá ser feito por qualquer meio de comunicação e deverá estipular o escopo proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião. Parágrafo único. O convite formulado por uma parte à outra considerará-se rejeitado se não for respondido em até 30 dias da data de seu recebimento.”

da arbitragem. Essa forma, além de propiciar a oportunidade de mais diálogo entre as partes, poderá também evitar maiores custos, caso não precise aplicar a arbitragem.

Nessa linha, a mediação extrajudicial e a arbitragem, poderão ser avulsas, em que as próprias partes, diante do conflito optem por esses mecanismos, também poderá ser institucional ou administrada. Nos casos em que não se previu cláusulas nos contratos ou que as previsões são vagas ou incompletas, deverá se aplicar o § 2º da Lei 13.140/2015: i) prazo mínimo de dez dias úteis e prazo máximo de três meses, contado a partir do recebimento do convite; ii) local adequado a uma reunião que possa envolver informações confidenciais; iii) lista de cinco nomes, informações de contato e referências profissionais de mediadores capacitados, a parte convidada não se manifeste, considerar-se-á aceito o primeiro nome da lista; iv) o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada.

Nos casos em que não há previsão em contrato da aplicação desses mecanismos, ou quando houver cláusulas incompletas, aplicar-se-á o § 2º do art. 22 da Lei 13.140/2015, com a seguinte redação:

Lei nº 13.140/2015, art. 22, § 2º: I – prazo mínimo de dez dias úteis e prazo máximo de três meses, contados a partir do recebimento do convite; II – local adequado a uma reunião que possa envolver informações confidenciais; III – lista de cinco nomes, informações de contato e referências profissionais de mediadores capacitados, a parte convidada não se manifeste, considerar-se-á aceito o primeiro nome da lista; IV – o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada.

Já na arbitragem/mediação ocorre o oposto, já que inicialmente aplica-se a arbitragem e prolata-se a sentença. Nesse momento, o árbitro informa que a sentença está pronta, mas não a profere, recolhendo-a em segurança, em lugar inviolável. Assim, ao final, abre-se um novo prazo para que as partes possam rediscutir suas tratativas a fim de se chegar a um acordo antes da prolação da sentença.

4 ASPECTOS JURÍDICOS DA MEDIAÇÃO

A mediação se difere da negociação, pois há a intervenção de um terceiro imparcial que auxilia e incentiva o diálogo, de maneira que as próprias partes, mutuamente, encontrem a solução para o conflito. Esse mecanismo é indicado para tratar de demandas em que há o interesse de ambos envolvidos na continuidade da relação. Como exemplo, ocorre nas relações comerciais, em que o

conflito e divergência de ideias é algo imanente à relação, mas a manutenção dessa relação após o conflito dirimido é de grande importância para os negócios.

Trata-se de um método voluntário, ou seja, em que as partes de livre e espontânea vontade aderem a esse mecanismo confidencial e coordenado. A mediação poderá ser informal, procedimento esse, que é aplicado desde as sociedades antigas até a atualidade. A simples intervenção em que um terceiro facilita o diálogo entre partes.

Cotidianamente percebe-se, em variadas situações, a interferência de amigos, líderes religiosos, parentes, que através do diálogo aproximam pessoas para tentar solucionar a desavença. Essas situações ocorrem de forma totalmente intuitiva, pautadas na experiência e no bom senso. Esse procedimento informal, muitas vezes apresenta vícios para a mediação, por conta da grande aproximação entre os envolvidos e o mediador, já que não prevalece a imparcialidade entre eles.

O regulamento do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e de Arbitragem (CONIMA) define mediação como:

[...] um Processo não-adversarial e voluntário de resolução de controvérsias por intermédio do qual duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, buscam obter uma solução consensual que possibilite preservar o relacionamento entre elas. Para isso, recorrem a um terceiro facilitador, o Mediador-especialista imparcial, competente, diligente, com credibilidade e comprometido com o sigilo; que estimule, viabilize a comunicação e auxilie na busca da identificação dos reais interesses envolvidos.

O Mediador, através de uma série de procedimentos e de técnicas próprias, identifica os interesses das partes e constrói com elas, sem caráter vinculativo, opções de solução, visando ao consenso e/ou à realização do acordo.

A Mediação envolve aspectos emocionais, relacionais, negociais, legais, sociológicos, entre outros. Assim, quando necessário, para atender às peculiaridades de cada caso, também poderão participar do Processo profissionais especializados nos diversos aspectos que envolvam a controvérsia, permitindo uma solução interdisciplinar por meio da complementaridade do conhecimento.

[...]

Mediação é um acordo de vontades (motivo pelo qual deverá ser objeto de um contrato sempre que for instalado seu procedimento) que prescinde de regulamentação legal, muito embora se faça necessário alcançar uma desejável uniformidade dos seus princípios e regras gerais.⁸⁶ (grifo nosso)

De outra maneira, há um outro modelo que é a mediação formal, estruturada, que recebe a aplicação de várias técnicas e teorias. Aqui a mediação continua se mantendo como matéria não jurídica, sem aplicação de matérias processuais.

A mediação se define como um procedimento em que há um terceiro imparcial, sem poder sobre o processo ou as partes, que atua de forma cooperativa para que encontrem o ponto de harmonia

⁸⁶ CONIMA – CONSELHO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. Regulamento Modelo Mediação. Disponível em: <http://www.conima.org.br/regula_modmed>. Acesso em: 06 mar. 2018.

no conflito. Dessa maneira, o trabalho do mediador é no sentido de pontuar as diferenças e ajudar as partes a explorarem fórmulas de ajuste capaz de enxergarem além da disputa e produzirem resultados satisfatórios a ambas.⁸⁷

O procedimento da mediação não é marcado por formas rígidas, mas sim por métodos elaborados e comprovados com certo rigor científico. Como características desse mecanismo se destaca: a confidencialidade, ou seja, as partes se comprometem a guardar sigilo do que acontece, e com as informações levantadas no procedimento da mediação; a cooperação entre as partes, uma vez que é necessário que haja uma construção da solução em conjunto das partes envolvidas; e por fim, destaca-se a economia de dinheiro e de tempo, já que se trata de um procedimento muito menos dispendioso do que seria uma ação judicial e com prazo de tempo muito reduzido.

A atuação do mediador não é definida como a figura de um mero assistente das partes, que age de maneira passiva. A definição da atuação do mediador é de um compilador de ideias, com a função de apresentar a realidade para as partes, ponto importante para se alcançar o acordo. Dentre as atribuições iminentes a um mediador se ressalta a habilidade de escutar as partes, de conseguir apontar caminhos de solução para os problemas apresentados. Somado a esses atributos, o empenho do operador da mediação deve ser no sentido de não expressar suas opiniões de modo que as partes possam optar por soluções a partir da visão delas mesmas.

O procedimento da mediação tem como peculiaridade muito interessante, frente a outros mecanismos, a resolução do conflito de forma rápida, já que, geralmente se resolve o conflito em 2 ou 3 encontros, que duram em média entre 1 (uma) e 2 (duas) horas.

A mediação pode ser aplicada de maneira totalmente informal, modo aplicado desde as comunidades mais primitivas até a atualidade. Todo auxílio, incentivo ou facilitação num processo autocompositivo se denomina mediação.

Como já citado, a confidencialidade da mediação se destaca como uma de suas características mais importantes, já que impõe ao mediador e as partes envolvidas, um alto grau de confidencialidade, e que se estende não somente para as reuniões mediadas, mas também a todo tipo de tratamento dado em ambiente de mediação.

A recomendação para aplicação da mediação é para os casos em que há uma relação em que se perpetua no tempo. Nesses casos, a opção por uma heterocomposição poderia ser arriscada, já que as partes perdem por completo o controle do resultado do conflito.

⁸⁷ Definição extraída conforme o Glossário publicado pela Revista Libra. v. 1. p. 56-57.

Já nos casos em que se está diante de um caso evidente de desequilíbrio entre os envolvidos, o procedimento da mediação não se mostra como o mais indicado, e a opção pela jurisdição estatal se mostra mais acertada.

Em suma, a aplicação de métodos autocompositivos como a mediação ou a conciliação no tratamento do conflito têm por finalidade fazer com que a justiça alcance um maior número de pessoas, de forma mais célere e eficiente. Por isso, é muito importante que haja a conscientização da sociedade e também dos advogados para que esses métodos passem a ser mais aceitos e utilizados.

4.1 Princípios da Mediação

A mediação possui alguns princípios que lhe pautam. O termo princípio significa fundamento ou essência, guia de orientação para uma melhor compreensão de como se aplicará a norma.

Lia Regina Castaldi Sampaio e Adolfo Braga Neto destacam que o mediador deve ter a humildade de reconhecer que são as partes, as mais recomendadas, a encontrarem uma solução para o conflito, uma vez que são elas as mais interessadas. No entanto, como diante de uma situação conflituosa é mais difícil encontrar racionalmente a melhor solução, temos a importante figura do mediador, como harmonizador da relação dos conflitantes.⁸⁸

O Código de Processo Civil em seu artigo 166 apresenta um rol de princípios que deverão permear a conciliação e a mediação, que são: o princípio da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

Na lei 13.140/2015 da mediação, em seu artigo 2º, se repete os artigos previstos no Código de Processo Civil com o acréscimo de outros três princípios que são: princípio da isonomia entre as partes, busca do consenso e boa fé.

Ademais, há ainda a previsão de alguns outros princípios na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que são: o princípio da competência, o respeito à ordem pública e às leis vigentes, o empoderamento e a validação.

No pertinente aos princípios previstos na lei da mediação e no Código de Processo Civil será abordado abaixo cada um deles de maneira distinta, com o acréscimo do princípio da confidencialidade.

⁸⁸ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O Que É Mediação de Conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007. p. 20.

O princípio da independência trata-se de uma proteção na atuação do mediador, já que este precisa ter condições de atuar com independência e liberdade⁸⁹, desapegado de pressões, de acordo com a legalidade, com o direito e a ética.

Para compreender o princípio da imparcialidade, é preciso inicialmente compreender que o mediador atua de forma a aproximar as partes para o diálogo, de maneira que não profira ideias, conselhos ou qualquer tipo de influência sobre as partes, já que sua atuação imprescindivelmente deverá ser neutra. Sua atuação se volta a aclarar os problemas das partes, de maneira a possibilitar opções de acordo.

O princípio da imparcialidade está diretamente ligado a uma conduta por parte do mediador, despida de preconceitos e juízos valorativos, para que assim possa haver uma mediação adequada. Ao mediador é defeso receber agrados ou presentes das partes, e também não atuar em casos que haja uma relação preexistente.

No que tange ao princípio da autonomia da vontade das partes, cabe às partes a escolha espontânea e voluntária dos meios e formas de como se dará o processo do diálogo, a definição do calendário de reuniões e de como seguirá o procedimento de negociação. Cabe a elas a tomada de decisões. O mediador atua somente como um facilitador do diálogo, um gerador de novas ideias para que as partes definam um caminho para construção da solução.

Em regra, a mediação é desprovida de documentos escritos, ou recursos não orais. A oralidade se apresenta como o meio simples e facilitador da aproximação das partes para o diálogo. A concórdia surge a partir do diálogo dos envolvidos e da defesa de posicionamento pelas partes que ajudam a clarear questões e identificar soluções com benefícios mútuos, fatores que evidenciam a importância do princípio da oralidade.

O princípio da mediação on-line segue a tendência da sociedade globalizada, cada vez mais conectada com os meios de comunicação e a internet. Tanto é que a lei da mediação permite e autoriza a possibilidade de diversos meios e formas para a resolução dos conflitos, inclusive virtualmente, de acordo com o art. 46 da Lei 13.140/2015 “poderá ser feita pela internet, ou por outro meio de comunicação que permite a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo”.

Esse modelo de mediação atende a uma necessidade que a sociedade busca, de se obter resultados mais eficientes e rápidos, e de maneira mais simplificada. Essa forma de mediar aproxima as partes, já que possibilita a negociação entre pessoas que estejam distantes, em outras cidades.

⁸⁹ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O Que É Mediação de Conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007. p. 36.

Essa forma de solução de demandas se destina a conflitos mais simples em que a lógica da despolarização a partir de uma lógica simples binária (ou/ou), fazer ou não fazer, pagamento/não pagamento, que não tenha interdependência entre as partes. Para casos complexos é necessário a utilização de um método em que as partes compareçam pessoalmente.

Seguindo, a lei da mediação em seus artigos 14 e seguintes define alguns pontos que delinearão as sessões de mediação, no entanto não há uma regulação específica de como deverá proceder a mediação. A flexibilidade e informalidade trazida pela lei em não prever protocolos ou um modelo fixo para a utilização do método foi acertada, já que possibilita maior liberdade para as partes comporem e discutirem a lide.

Logo, o princípio da informalidade proporciona liberdade para as partes construírem melhores soluções para suas disputas. A criatividade e a liberdade são essenciais para que as partes encontrem boas soluções.⁹⁰

O princípio da isonomia das partes significa dizer que não há diferença entre os envolvidos, e que ambas as partes estão sujeitas ao mesmo tratamento. Todas as oportunidades, prazos, benefícios e neutralidade deverão ser aplicados sem distinção aos envolvidos na lide. A equidade se define como o ato capaz de tornar iguais os diferentes, mandamento de suma importância para conferir igualdade às partes envolvidas na mediação.

Extraí-se do princípio do consenso de que o bom senso se define como a capacidade de se decidir de maneira sensata, de se fazer escolhas inteligentes e com cautela. As partes, devido a liberdade conferida pela mediação têm a possibilidade de exprimir suas vontades e sentimentos, e com isso buscar o entendimento mútuo através do acordo. Na maior parte das situações as resoluções a partir da regra do consenso levam à pacificação, já que proporcionam um alto grau de cumprimento do que fora previamente acordado por mediação. Esse resultado, em grande parte é alcançado por conta dos resultados dos acordos que conseguem alcançar os anseios e necessidades de todos.

A lei de mediação contemplou a relevância do princípio da boa fé aplicada na mediação. A boa fé objetiva, princípio oriundo das relações obrigacionais visa conferir ou estabelecer um padrão ético de conduta às relações. A boa fé é um princípio derivado do campo da ética, em que prevê o respeito à verdade. A mediação por intermédio da boa fé, refuta todo tipo de negociação ardilosa, que pode conter defeitos do negócio jurídico, de acordo com o art. 138 e seguintes do Código Civil.

⁹⁰ NUNES, Antônio Carlos Ozório. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 60.

O princípio da voluntariedade está ligado à autonomia das vontades, ou seja, a livre iniciativa das partes em quererem compor a negociação. Cabe uma ressalva que nos casos em que haja a previsão expressa em contrato de cláusula de mediação, as partes estarão obrigadas a comparecer à primeira reunião da mediação.

Enfim, o legislador conferiu grande importância ao princípio da confidencialidade, já que a grande benemerência da mediação se pauta no sigilo absoluto que permeia as informações geradas no processo. Tanto que o art. 2º, inciso VII, art. 30 e art. 32 da Lei de Mediação. O Código de Processo Civil também destaca esse tema nos arts. 166 §§ 1º e 2º e 173, inciso I.

O modelo aplicado na mediação aos casos concretos induz as pessoas a confidenciar seus sentimentos e emoções mais íntimos, de forma muito sincera, o que propicia e facilita a resolução dos conflitos e ganhos mútuos. Nesse viés o art. 30 da lei da mediação assegura que o procedimento da mediação será totalmente confidencial em relação a terceiros, o que assegura o sigilo entre as partes. As informações obtidas na mediação não poderão ser alegadas em processos judiciais ou arbitrais, salvo se autorizadas pelas partes (art. 31, Lei 13.140/2015). O sigilo se estende não somente às partes, mas também a todo os envolvidos como: prepostos, advogados, assessores técnicos, e outras pessoas que tenham participado direta ou indiretamente do processo.

Essas pessoas envolvidas em determinada mediação não poderão participar como testemunhas em inquéritos policiais ou ações penais, salvo em casos que se esteja diante de notícia crime obtida na mediação (art. 30 § 3º, Lei 13.140/2015). O desrespeito ao sigilo implica fato criminoso, augurado pelo art. 154 do Decreto-Lei 2848/1940 (CP). Se praticado por conciliadores e mediadores, trata-se de penalidade no âmbito administrativo, conforme art. 166 da Lei 13.105/2015 (CPC) que excluirá os infratores do cadastro de conciliadores e mediadores.

Assim, as informações referentes aos procedimentos de mediação serão considerados confidenciais perante terceiros. A exceção à regra ocorrerá nos seguintes casos: (a) Quando as partes decidirem e acordarem pela publicidade dos atos; (b) Nos casos em que determinada lei exigir a divulgação; (c) Quando houver acordo extrajudicial, e esse esteja sujeito ao processo de execução do título; (d) Para cumprir acordo realizado entre as partes, que necessite que se faça a execução do título extrajudicial, conforme art. 30, caput da lei de mediação.

4.2 Objeto da Mediação

A mediação se destina a resolver diversas situações diferentes. Desde questões simplificadas, até problemas bastante complexos. Esse método pode ser aplicado de maneira informal, em um ambiente totalmente descontraído, ou ainda numa sala de reuniões para decidir uma demanda multimilionária. Petronio Calmon assenta os objetivos mais importantes da mediação:

Dentre esses importantes objetivos intermediários estão: lograr animo de cooperação e confiança entre as partes, para que lhes seja possível compartilhar tarefas e informações relevantes; desenvolver a habilidade das partes para comunicarem-se, para compreender os sentimentos da contraparte compartilhar as decisões necessárias; assegurar a todas as partes a oportunidade de que sejam escutados seus pontos de vista, para que sintam que foram tratadas com justiça; reduzir a tensão e o conflito, para que eles que mantêm uma relação próxima com ambas as partes não se veja envolvido em conflitos de lealdades; e obter das partes uma abertura total aos fatos relevantes, de modo a tomar decisões sobre a base de informação adequada, depois de haver considerado propostas alternativas para resolver as mesmas questões.⁹¹

Se definiu na lei da mediação um modelo bem flexível, capaz de aproximar as partes, e empodeirá-las da solução de seus conflitos.

Os direitos disponíveis compreendem os direitos patrimoniais em que as partes têm a faculdade de transacionar, dispor, ou pactuar cláusulas ou condições de um acordo. Esses direitos podem ser cíveis, comerciais, escolares, familiares, empresariais, dentre outros.

Por outro lado, há os direitos indisponíveis que admitem transação. Trata-se de direitos que não admitem renúncia, em razão da finalidade pública e do interesse que guardam. Cita-se o direito à vida, a dignidade da pessoa humana, à liberdade.

Há alguns direitos que muito embora sejam denominados de indisponíveis, admite que se realize transação, caso haja previsão expressa específica. Exemplo desses direitos indisponíveis, mas transacionáveis são causas do cotidiano como dissolução de uma união estável, questões de família, conflitos sucessórios, investigação de paternidade, guarda de filhos, dentre outros. Todos esses direitos são indisponíveis, mas admite-se transação para se facilitar a negociação e se chegar a um acordo.

Neste contexto, relevante se faz realizar ponderações quanto as ações de família. Haja vista que o Código de Processo Civil de 2015 apresentou diversas mudanças no tratamento direcionado às ações de família, em que criou uma metodologia única para o tratamento dos processos de divórcio, reconhecimento e extinção de união estável, visitação, filiação, guarda, conforme art.

⁹¹ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 123.

693 do referido código. Além do mais criou ainda um procedimento específico para as ações de pedido de alimentos, de acordo com o parágrafo único do art. 693.

O legislador deu grande importância para a solução de controvérsias familiares, por meio da mediação ou conciliação. Dentro desse liame, o art. 694 da Lei 13.105/2015 prevê que o juiz empreenderá esforços para que a solução das controvérsias para que se resolva de maneira consensual. Há também a possibilidade de que, a pedido das partes, o processo durante o andamento da conciliação ou mediação, seja suspenso.

Rodrigo da Cunha Pereira expressa que se “os restos de amor forem levados ao judiciário”⁹², as disputas e o ambiente bélico que se instauram nas famílias poderão trazer consequências e sofrimento emocional por toda a vida. Nesse tom, é importantíssimo se eleger um método mais adequado para tratar da disputa no âmbito familiar, a fim de se alcançar uma resposta menos danosa possível.

Outra mudança significativa é que o mandado de citação irá desacompanhado da petição inicial, e conterà apenas os dados necessários sobre os termos da audiência de conciliação, observado que é assegurado às partes acesso ao conteúdo a qualquer tempo, de acordo com o parágrafo 1º do art. 695 da Lei 13.105/2015.

Na audiência as partes serão representadas por advogados ou defensores públicos. E poderá haver quantas audiências forem necessárias para a realização do acordo, sem que haja prejuízo de perempção do direito conforme art. 696 da Lei 13.105/2015.

O legislador, diante da complexidade que permeia as relações familiares, reconheceu a importância da co-mediação para esses casos. Os co-mediadores são os mediadores cadastrados, que por meio do rodízio, mas por meio do aproveitamento da sua interdisciplinaridade, aumenta a efetividade e qualidade da realização das sessões de mediação.

A lei muito embora tenha insistido na aplicação da mediação nas ações de família, deixou a cargo das partes a opção de pedirem a suspensão do processo para que a solução do litígio ocorra via mediação extrajudicial ou por meio do atendimento multidisciplinar (art. 694, parágrafo único, da Lei 13.105/2015).

Somente se aplicará aos casos de família o procedimento comum, após várias tentativas de resolução de conflitos por meio de audiências de conciliação e de mediação. Pois, “parece improvável que, para as questões movidas por intensa problemática de cunho emocional e afetivo, os tribunais de família possam produzir respostas de caráter regulador e universal, capazes de suturar o

⁹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A sexualidade vista pelos tribunais**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. XVI.

mal-estar e contemplar aquilo que, estruturalmente, situa-se no campo subjetivo dos litigantes, não suscetível à regulação externa”⁹³.

Assim, cada vez mais um trabalho multidisciplinar que envolve psicólogos, advogados, pedagogos, assistentes sociais, tem sido aplicado no tratamento de conflitos familiares, em que se busca uma prestação de serviço mais adequada e eficaz para as famílias que se encontram em conflito.

4.3 Limites e vedações à Mediação

A mediação não poderá ser aplicada a conflitos indisponíveis que não admitam transação (art. 3º da Lei 13.140/2015). Também não se admite a realização de mediação quando uma das partes tem menos de 16 anos, já que são absolutamente incapazes. Pessoas relativamente incapazes, como os ébrios habituais, aqueles que transitoriamente estão relativamente incapazes, os viciados em tóxicos (art. 4º do CC). Em casos que o objeto é considerado ilícito, impossível ou indeterminável, não se admite o método da mediação.

4.4 Mediação extrajudicial

Na mitologia grega Athena é considerada a deusa da inteligência, do discernimento e também a mentora dos deuses. Filha de Zeus e de Métis, tem como sua correspondente na mitologia romana, a deusa Minerva. Sua grande importância deu nome à cidade de Atenas. Athena era uma deusa muito compreensiva às limitações e erros humanos. Tinha grande capacidade de análise do conflito e de inspirar o poder mental das pessoas para que optassem por escolhas boas.

Quando estava diante de decisões importantes, a deusa pedia conselhos à coruja que sempre lhe acompanhava, já que esse animal tem grande capacidade de visão noturna e consegue fazer um giro completo de seu pescoço, o que lhe permite uma análise da situação por diversos ângulos. A coruja a partir das suas capacidades de conseguir enxergar na escuridão e da alta capacidade de percepção aconselhava Athena em suas dúvidas.

Essa metáfora da deusa Athena acompanhada de sua coruja, traz grande inspiração aos mediadores. Mostram valores de grande importância como a capacidade de poder enxergar além do conflito aparente, a fim de se chegar a uma solução criativa que atenda a ambas as partes, a

⁹³ ANDRADE, Cleide Rocha de. A mediação de conflitos familiares na Justiça: uma saída singular. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 38, 2006. p. 29.

importância de se agir com sabedoria, ser prudente, de estimular as partes a olharem pela ótica do outro o problema.

Depreende-se do cenário pátrio processual que o legislador autorizou a realização de várias formas de mediação extrajudicial, como a pré-processual, a processual, a on-line, e outros mecanismos que não são chamados propriamente de mediações, mas de sistemas autocompositivos, como a automeiação, a transação por adesão.

A mediação extrajudicial, de acordo com os arts. 21 a 23 da Lei de Mediação, é aquela que ocorre fora do âmbito do Poder Judiciário, que é realizada em escritórios de advocacia e de mediação, ou em Câmaras de Mediação. A lei de mediação também admite que essa prática seja aplicada aonde couber, como, por exemplo, em mediações comunitárias escolares.

A lei afasta a aplicabilidade da mediação no âmbito trabalhista, conforme art. 42, parágrafo único da Lei de Mediação, pois necessita de regulamentação específica, devido à complexidade que permeia a relação trabalhista e os interesses envolvidos.

A mediação pré-processual e a extrajudicial, realizada no âmbito do Poder Judiciário sem que haja um processo judicial traz diversas vantagens já que consiste num método em que atribui grande autonomia, e dissemina o diálogo das partes na resolução do conflito. São baratas, rápidas e ampliam o acesso à justiça, o que conseqüentemente beneficia todo o sistema de Justiça, sem falar que reduz vertiginosamente o número de demandas judiciais.

O art. 21 da Lei 13.140/2015 define que a mediação extrajudicial se iniciará através de um convite feito por uma das partes à outra. Nesse caso, a comunicação poderá ser feita por qualquer meio que deverá conter data, hora da primeira reunião e a intenção da negociação. Convite é uma palavra derivada do latim *invitare*, que significa convite para um jantar. Essa palavra traz a ideia de algo amistoso, bom, de reunião informal de amigos. Ozorio Nunes explica que “Convidar não é intimar ou requisitar: é enviar uma comunicação breve e polida para que a outra parte compareça à reunião”⁹⁴.

A maneira de como ocorre o primeiro contato entre as partes poderá agravar ainda mais a situação. Num processo judicial, quando a outra parte é citada, recebe cópia da petição inicial, que consta os motivos do ajuizamento da ação. Esse procedimento gera na maior parte dos casos um sentimento de vingança, de dar o troco ou de se fechar para qualquer tipo de negociação em que tenha de haver concessões por parte dos envolvidos.

⁹⁴ NUNES, Antônio Carlos Ozório. **Manual de Mediação**: guia prático de autocomposição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 74.

Por isso que o convite é um instrumento muito sucinto, que apenas convida a outra parte, num breve resumo, com poucos detalhes. O convite precisa ser aceito e nesse viés é importante que o convidado responda se aceita ou não.

4.5 Cláusulas contratuais de mediação

Cláusulas contratuais são regulamentos presentes em contratos firmados entre as partes que determinam, por exemplo, que em caso de algum descumprimento do contrato por alguma das partes o saneamento da divergência será feito, primeiramente, por mediação. Essas cláusulas, a partir do trato das partes, obrigam as pessoas a se submeterem ao contrato, ou seja, se houver qualquer desavença, o primeiro passo será a tentativa de resolução pela mediação. Não havendo frutos as partes poderão ingressar no judiciário ou buscar a arbitragem para resolver suas diferenças.

A previsão contratual, de acordo com o art. 22 da Lei 13.140/2015:

art. 22. A previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo:

- I - prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite;
- II - critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação;
- III - penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação.

Nesse modelo de livre escolha das cláusulas que permearão o contrato, as partes poderão definir como ocorrerá a mediação. Quais os critérios para a escolha do mediador, ou ainda, já decidirem por uma câmara de mediação ou qualquer outra entidade previamente.

Caso não haja previsão contratual sobre o modelo da mediação, serão seguidos os critérios determinados pela lei, de acordo com o art. 22, § 2º da Lei de Mediação, como: (a) prazo mínimo de 10 dias úteis e máximo de 3 meses, contados a partir do convite; (b) espaço para a realização de reuniões apto a garantir o sigilo da informação; (c) lista de cinco mediadores, com telefone e referências profissionais; (d) o não comparecimento de uma das partes incorrerá em multa de 50% dos valores de honorários sucumbenciais, caso seja vencedora em procedimento judicial ou arbitral futuramente, sobre disputa a qual tenha sido convidada.

A lei estimula a realização da Mediação através da penalização aplicada a quem não comparecer à reunião. Se há previsão expressa no contrato realizado entre as partes de realização de Mediação por conta de algum desentendimento cabe a estas ao menos comparecerem à primeira reunião.

As cláusulas contratuais têm tanta relevância que, de acordo com o art. 23 da Lei 13.140/2015⁹⁵ se estiver definido em contrato que haverá mediação e que por determinado período as partes não poderão acionar o judiciário ou o chamamento de um árbitro, esse prazo terá de ser cumprido.

De forma hipotética, imagine uma situação em que Marcos realiza um contrato de locação por 3 anos com José, e que nesse contrato haja uma cláusula que compromete as partes, que durante o período do contrato não ingressarão com ação judicial ou procedimento arbitral, caso haja algum desentendimento ou descumprimento do contrato.

Se por ventura no último ano do contrato José deixar de pagar o aluguel, Marcos não poderá ingressar com nenhum tipo de ação para requerer o despejo de José, por conta da cláusula em contrato de tentativa de resolução do conflito via mediação.

Assim, esse contrato de cláusula de mediação compreende o comum acordo que as partes aderem de não buscarem a esfera judicial para dirimirem suas desavenças antes de tentar ser solucionado o conflito de forma mediada, seja por mediador previamente definido ou não.

4.6 Os mediadores extrajudiciais

Os mediadores extrajudiciais são escolhidos pelas partes para auxiliar na resolução do conflito, instruindo e desenvolvendo soluções consensuais. A lei 13.140/15 não exigiu formação superior específica para a atuação do mediador, limitando somente a confiança das partes.

Lembre-se que a mediação, diferente do que acontece com a conciliação judicial (CPC, art. 334), é sempre voluntária e não exige procedimentos específicos uma vez que fica a cargo das partes concordarem e aceitarem os moldes em que essa mediação ocorrerá.

A atuação do mediador deverá ser imparcial, independente e diligente, nos mesmos moldes impostos aos árbitros. A Lei da Mediação define que não é obrigatória a presença de advogado, no entanto, se uma das partes estiver representada, o mediador deverá suspender o procedimento até que ambas as partes estejam assistidas. A preocupação da lei foi no sentido de que

⁹⁵ Art. 23 da Lei 13.140/2015: Se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição.

Parágrafo único: O disposto no caput não se aplica às medidas de urgência e que o acesso ao Poder Judiciário seja necessário para evitar o perecimento de direito.

é preciso que ambas as partes tenham iguais oportunidades e possibilidades, de forma a resguardar o equilíbrio técnico.

Os requisitos legais para ser um mediador: i) pessoa com capacidade para adquirir direitos e obrigações civis; ii) escolhido pelas partes; iii) que o mediador seja capacitado para a realização da mediação.⁹⁶

A lei afastou qualquer tipo de exigência de vinculação de mediadores a instituições ou entidades, no intuito de democratização, de possibilitar o acesso à atividade é de empoderar as partes da maneira como lhes convier. Essa opção do legislador, possibilita um maior acesso a mediação tanto por parte de interessados em serem mediadores, quanto por parte da opção de escolha das partes de quem conduzirá seus conflitos. Essa posição da lei afasta também o monopólio e a concentração de grupos ou classes.

A lei trata da capacitação do mediador, mas não menciona como isso ocorrerá. A posição da grande parte da doutrina é que essa parametrização se dará no tempo pelo próprio mercado, que ajustará a atuação dos mediadores.

Não obstante, o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA) elaborou um material modelo para a capacitação inicial básica para mediadores privados. Nesse material, que possui módulos teóricos e práticos, a diretriz é que o mediador tenha no mínimo cinquenta horas, mas alcance as cem horas propostas. Entre as matérias abordadas constam aquelas sobre os aspectos sociológicos, comunicação, conflitos, direito, psicológicos, dentre outras. A finalidade dessa capacitação é possibilitar um conhecimento globalizado e dinâmico aos mediadores e árbitro, para que possam atuar com maior desenvoltura em casos mais complexos.

4.7 O acordo: título executivo extrajudicial

O acordo realizado por intermédio da mediação terá natureza jurídica de título executivo extrajudicial. Esse poderá ser homologado judicialmente e passará a ter natureza de título executivo judicial. Caso haja descumprimento do acordo realizado caberá à parte lesada realizar a execução do título respectivo.

⁹⁶ Art. 9º, Lei 13.140/2015 prevê: Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, no nele inscrever-se.

O mediador extrajudicial quando realiza um acordo, esse terá natureza de título executivo extrajudicial, sem que haja a necessidade de assinatura de advogado ou de testemunhas, conforme redação do art. 20 da Lei da Mediação.

5 A INFLUÊNCIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NAS TÉCNICAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A análise econômica do direito é um ramo pautado em reformular o direito a partir de um sentido econômico e eficiente, que leva em consideração os gastos envolvidos no procedimento e quais critérios são importantes na hora das pessoas tomarem uma decisão.⁹⁷ As premissas utilizadas são oriundas de conceitos utilizados por economistas. Além disso, trata-se de uma atividade interdisciplinar atrelada ao valor, utilidade e eficiência aplicados a todas as searas jurídicas.

Atualmente, a análise econômica do direito tem aplicação em todo ordenamento jurídico, o que antigamente era percebido somente em questões que envolviam valores monetários, tributação ou regulação de mercados. A análise econômica do direito se pauta em buscar respostas a duas perguntas, que são: a) Quais as consequências para os indivíduos e instituições a partir da normas legais existentes?; b) Com relação ao termômetro sobre o bem-estar social quais são as melhores normas e como se faz para se atribuir critérios para compará-las?

Denominada de Law and Economics, se volta a identificar os efeitos causados pela lei, a partir de perguntas como: a aplicação da pena de morte diminui o número de homicídios? Em qual proporção? A resposta a essas perguntas muitas vezes são feitas por intermédio de estatísticas para se comprovar teorias.

A Análise Econômica do Direito é oriunda de métodos da teoria microeconômica. Nessa linha, os operadores econômicos comparam os benefícios e os custos que envolvem todo o procedimento. Nessa análise levanta-se dados a partir de uma ideia consequentialista, já que lida com termos probabilísticos, ou seja, o que vai acontecer a partir de determinadas decisões. Na análise feita por esse método se leva em consideração tanto as normas jurídicas em sentido estrito quanto o comportamento das cortes.⁹⁸

Nessa linha, Ronald Coase, a partir de suas pesquisas sobre a questão dos custos de transação recebeu o Prêmio Nobel de Economia no ano de 1991. Em seu artigo *The Problem of Social Cost* (1960), apresenta diversos exemplos práticos de casos naturalmente litigiosos, em que a solução consequentemente apresenta custos tanto para as partes envolvidas quanto para a sociedade. Surge dessa maneira a reflexão de se buscar diminuir as perdas não só para os envolvidos, mas também para toda a sociedade.

⁹⁷ GICO JR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. p. 8. Disponível em: <<http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2794/2034>>. Acesso em: 15 maio 2018.

⁹⁸ LANDES, William. An Economic Analysis of the Courts. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3629.pdf>>. Acesso em 15 maio 2017.

A partir desse trabalho surgiram outros trabalhos publicados como o artigo *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis* (1970) escrito por Guido Calabresi e o artigo *Economic Analysis of Law* (1973), de Richard Posner. Muito embora esse movimento tenha tido início no Estados Unidos, de sistema *common law*, seu estudo teve grande relevância nos países de tradição *civil law*, em que são pautados na tendência doutrinária.

Durante grande parte do tempo os juristas viram e aplicaram o direito apenas sob o viés de coação e punição, sem levar em consideração os benefícios que a teoria econômica pode fornecer. Nos dias atuais eficiência e equidade, mesmo com definições tão distintas apresentam muitos pontos de convergência. Ana Carolina Prado Ribeiro⁹⁹ define eficiência e equidade como: eficiência: “(...) uso racional dos recursos, maximizando seu resultado e transformando suas causas em ganhos.” Já a equidade: “(...) tem uma posição diferente e mais abstrata que consiste na disposição de reconhecer igualmente o direito de cada um. Alude o tratamento igualitário para todos os agentes no que se refere à capacidade de assimilação de regras genéricas.”

O principal ponto que revela a influência da economia no direito está ligado à externalidade, ou seja, aos efeitos reflexos causados a terceiros que estão fora da relação realizada entre as partes. Como exemplo, a atuação do Estado quando aplica o direito de concorrência no mercado, tem grande influência no mercado, pois objetiva garantir a regulação da economia e preservar qualquer tipo de dano social. O Estado assim busca frear e reprimir condutas anticompetitivas, como a prática de preços e o controle de qualidade de produtos que ingressam no mercado.

Com relação aos direitos coletivos, em questões que dizem respeito à proteção ambiental, o viés econômico é aplicado no sentido de garantia de qualidade de vida para as próximas gerações. De maneira prática, são os acordos e convenções realizadas pelos países, com o intuito de preservação. O Brasil, por exemplo, é signatário do Protocolo de Quioto que versa sobre mudanças climáticas em que admite a compra de carbono em créditos. Esse protocolo admite que empresas possam poluir o meio ambiente, no desenvolvimento de suas atividades, a partir da compra de carbono em créditos. Essa ação visa incentivar a melhora de tecnologias menos poluentes e auxilia a questão fiscal do governo.

Ana Carolina Prado Ribeiro¹⁰⁰ bem define que:

⁹⁹ RIBEIRO, Ana Carolina Prado. Análise econômica do direito e sua aplicação (law et economics). Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15586&revista_caderno=27>. Acesso em: 16 maio 2018.

¹⁰⁰ RIBEIRO, Ana Carolina Prado. Análise econômica do direito e sua aplicação (law et economics). Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15586&revista_caderno=27>. Acesso em: 16 mai. 2018.

Destarte a antiga percepção de que uma análise econômica deve refletir na criação eficiente do máximo bem-estar perde terreno para a ideia de que o bem-estar não se indica por acesso a mais bens, mas à qualidade de vida. Nesse sentido, uma análise econômica pode ser útil ao fornecer elementos para estimular a ação em um sentido ou outro. No caso de proteção ambiental pela compra de créditos de carbono, a análise das externalidades e suas causas não se restringiram ao menor custo para a máxima produção de bens, mas assumiu que a externalidade tem um custo que deve ser internalizado por quem a produz antes da produção.

A economia, propriamente dita, tem por ideia trabalhar em busca do melhor preço ou incentivar ao máximo o lucro. A *Law and Economics*, no que diz respeito à sua questão econômica atua com ênfase de se prever e incentivar o comportamento humano. Esse incentivo tem por ideia evitar fazer com que seja evitado sanções legais. Por fim, a análise econômica do direito possibilita que se determine os efeitos almejados pelas normas legais. A análise econômica traz objetividade e contempla quais são os fins normativos.

5.1 Teoria dos jogos

Outro meio que faz parte da análise econômica do direito é a teoria dos jogos. Ela consiste em um estudo formal que analisa expectativas racionais e consistentes sobre as próprias escolhas e as escolhas dos outros. Trata-se de um estudo abstrato e dedutivo que busca entender como que a mediação funciona. A relevância desse capítulo se pauta em preconizar uma base especulativa do uso da mediação, suas vantagens e desvantagens.

A teoria dos jogos é um ramo da matemática e da economia aplicada em que se analisa a estratégia que os indivíduos se valem na hora de tomar uma decisão. O início de seus estudos datam do fim da Primeira Guerra Mundial. Entende-se como teoria dos jogos, a disputa em que dois ou mais indivíduos incrementam estratégias para potencializar seus ganhos a partir de regras preestabelecidas.

No século XX, o estudo sobre a teoria dos jogos se iniciou com os trabalhos do matemático Émile Borel. Sua análise teve como base os jogos de mesa, com um viés baseado na matemática, como o pôquer, com a atenção voltada ao blefe, que os jogadores se valem para induzirem seus adversários. A jogada que um indivíduo realiza se baseia nas possibilidades que este imagina que seu oponente irá empreender. Consiste a ideia *ad infinitum*, que eu penso que você pensa que eu penso que você pensa.... John Forbes Nash em 1950 veio solucionar e apresentar um equilíbrio a essa situação denominado de equilíbrio de Nash.

Nash inovou a partir do rompimento com o pensamento de Adam Smith que tinha por definição da competição como uma luta para se garantir e se buscar o melhor resultado, e que o mais

forte sempre era considerado aquele que melhor atuasse e galgasse o maior quinhão. Essa ideia pregada por Adam Smith muito se assemelhava aos trabalhos de Charles Darwin, sobre a origem das espécies em que há uma seleção natural e os mais fortes sempre prevalecem. A teoria dos jogos até a inovação proposta por Nash era pautada nos jogos de soma zero, em que, para um indivíduo ganhar, é necessário se levar o adversário à derrota.

John Nash inovou ao suscitar o elemento da cooperação na teoria dos jogos. A cooperação traz a ideia de que é possível maximizar ganhos individuais cooperando com o outro oponente ou adversário. A ideia dessa tese é que o jogador pense em uma estratégia que considere tanto o resultado individual quanto o coletivo. Assim, se todos fizerem o melhor para si e para os outros, todos ganham.

O dilema do prisioneiro¹⁰¹ é um dos exemplos para a aplicação da teoria do jogos, já que apresenta dilemas a problemas a serem enfrentados. O dilema baseia-se na história de dois criminosos que são capturados pela polícia, e interrogados em salas separadas, sem comunicação. A ambos lhes são oferecidos três opções: Se ambos se mantiverem em silêncio, ficarão presos por 1 ano. Se os dois se traírem e testemunharem contra o outro, ambos ficarão 3 anos presos. Agora, se um testemunhar e o outro não, o primeiro não cumprirá nenhum tipo de pena, enquanto que o último será sentenciado a 6 anos de prisão. Aqui, dilema é se o indivíduo trai ou não trai. Percebe-se que a melhor opção para ambos é que fiquem em silêncio, e não cooperem com a polícia. Por se tratar de apenas uma rodada e não haver nenhum tipo de comunicação entre os prisioneiros, em regra, os indivíduos, pela incerteza de que a outra parte não cooperará, acabam se traindo.

5.2 Equilíbrio de Nash

A tese de John Nash parte da ideia de que é possível agregar valor no resultado do jogo por meio da cooperação. O equilíbrio se baseia na combinação de técnicas e a escolha da opção é sempre aquela em que nenhum dos jogadores se arrependa caso tivesse a possibilidade de jogar outra vez. A teoria dos jogos pode se valer de uma solução especulativa como forma de se prever um resultado. O equilíbrio de Nash se traduz em um comportamento, segundo o qual, diante da resposta apresentada pela outra parte, o primeiro não se arrependa pela opção tomada.

Um bom exemplo sobre o tema abordado é o experimento realizado pelos professores Melvin Dresher e Merrill Flood, descrito no livro *The Evolution of Cooperation*, cujo autor é Robert Axelrod em que eles abordam a tese de que há um ponto de equilíbrio mesmo diante de jogos não

¹⁰¹ AXELROD, R. **The Evolution of Cooperation**. – Nova York: Basic Books, 1984. cap 5, p. 88-105.

cooperativos. Em seu experimento, chamou 2 pessoas “AA” e “JW”, para participarem de uma dinâmica parecida com o dilema do prisioneiro, composta por diversas rodadas.

O exercício consistia em bonificar os participantes com \$ 1,00 dólar quando a resposta de ambos os jogadores fosse na letra “C”, que significava cooperação. Caso ambos não cooperassem, e marcassem a letra “D” os mesmos eram penalizados com a perda de \$ 1,00 dólar. **Por fim, se um jogasse a letra “C”, para cooperar e o outro “D”, para não cooperar, aquele que cooperou perderia 2 (dois) dólares e quem não cooperou ganharia 2 (dois)dólares.** O detalhe é que não havia nenhum tipo de comunicação durante a realização da atividade. Somente após 50 (cinquenta) rodadas é que os competidores perceberam que a solução de cooperar com o outro adversário é que apresentava a situação de maior retorno para ambos. Abaixo é apresentado a forma de como se deu a realização da atividade:

Tabela 1

JOHN WILLIANS		ARMEN ALCHIAN	
“AA”, é uma pessoa experta e deverá jogar C na primeira jogada	C	D	“JW”, é ingênuo e deverá pôr C na primeira rodada.
“AA” deve ter colocado D para testar como será meu jogo.	C	D	Enquanto “JW” mantiver jogando C eu continuo jogando D
Como “AA” não está levando a sério, vou colocar D para entender que eu também posso prejudicá-lo	D	D	Enquanto “JW” mantiver jogando C eu continuo jogando D
Enquanto “AA” persistir nesse jogo com D, também vou jogar D	D	C	Como “JW” passou a pôr D, preciso induzi-lo a voltar a colocar C
Como “AA” passou a jogar C vou começar a colocar C	C	D	Já que “JW” viu que a minha última jogada foi C vou colocar agora D
Não estou entendendo o jogo dele ...	C	D	Meu jogo está dando certo, vou continuar colocando D
Vou tentar mais uma vez ...	C	D	Estou indo bem, vou continuar colocando D
(Nervoso) “AA” não age estrategicamente nessa dinâmica	D	D	Vou manter D enquanto “JW” colocar C
(Irritado) “AA” não entendeu a lógica do jogo, e está agindo totalmente sem estratégia	D	C	Já que “JW” jogou D vou colocar um C
Não entendi porque “AA” colocou C	D	D	Se “JW” viu que eu joguei C agora posso voltar a jogar D
Manterei meu jogo em D	D	C	A minha estratégia parou de funcionar, vou jogar C até ele começar a jogar C
Vou manter o D ...	D	C	Vou manter o C para convencê-lo até ele voltar a pôr C
Já não entendo mais o jogo dele, já que agora está colocando uma sequência de C	D	C	Vou manter o C até ele colocar novamente o C
Acredito que entendeu o jogo	C	C	Vou manter o C para convencê-lo

Vamos ver o que ele fará agora	C	D	Vou retomar a marcar D
Nossa, esse adversário não entendeu nada	D	C	Vou continuar colocando C
Vou ensiná-lo a jogar o C	D	D	Vou jogar D na confiança que ele volte a jogar C
Para ele entender vou continuar colocando D	D	C	Percebo que na soma das rodadas estou com menos retorno
Vou colocar ainda o D para perceber se realmente	D	C	Vou continuar colocando C
Bom...	C	C	Se eu colocar D agora ele voltará a colocar D também
Está indo bem	C	C	Ok
Vou continuar colocando C	C	C	Jogar o D agora vai quebrar a confiança
Bom ...	C	C	Colocar C me fez produzir um ganho de curto prazo e minimizar minhas perdas durante todo o jogo
Ótimo	C	C	OK

Fonte: Binmore, K. Fun end games – a text on game theory¹⁰²

No resultado final, se ambos os competidores tivessem jogado de forma cooperativa desde o início teriam auferido a monta de 100 dólares cada um.

Nessa dinâmica, ainda que o participante Armen Alchian tenha obtido uma maior quantia em dólares, a estratégia de John Williams em jogar de maneira cooperativa para maximizar seus ganhos é a razão do mesmo ser o ganhador dessa dinâmica.

Essa mesma lógica pode ser aplicada aos casos de mediação, em que as partes acreditam que são vencedoras aquelas que mais conseguirem auferir maior monta patrimonial. Na lógica do equilíbrio de Nash, não se leva em consideração apenas a seara financeira no conflito, mas sim uma gama de outras questões como a manutenção da relação entre as partes, o tempo de duração do conflito, dentre outros.

Num outro exemplo, como essa dinâmica apresentada acima, cita-se um processo de divórcio, em que há filhos. A ex cónyuge, numa visão totalmente competitiva, fala mal do ex marido (D), perante terceiros. Ele, não contente, responde com comentários desnecessários sobre sua ex convivente (D). Ela passa a tecer comentários maldosos sobre os filhos do casal (D); ele, para não ficar por baixo, de acordo com a espiral de conflitos, passa a nomear vários motivos que o levou a separar (D). Todo esse movimento de conflito calcado na disputa torna-se sem fim, e com consequências devastadoras para ambos os lados.

O equilíbrio de Nash propõe que as partes se valham de um mediador para auxiliá-las de maneira cooperativa e não competitiva, na construção da resolução da disputa.

A teoria dos jogos é atualmente bastante aplicada em diversos cenários como em leilões, barganhas, na formação de rede social, oligopólios, na política, em sistemas de votação, fenômenos

¹⁰² BINMORE, K. **Fun end games**: a text on game theory. Lexington, MA: Ann Arbor, 1992. p. 360-369.

econômicos, ética filosófica, no jornalismo, etc. Essa teoria tem por base estudar estratégias e situações para se alcançar um melhor resultado do conflito ou jogo a que estas são submetidas. A definição e resultado alcançados não dependem apenas da escolha individual de determinada parte, mas de uma série de fatores e opções escolhidas por agentes envolvidos em um conflito.

Alecsandra Neri de Almeida define a teoria dos jogos:

A teoria dos jogos tem a finalidade de prever os caminhos de outros jogadores, seja eles concorrentes ou aliados. Através dessa teoria, os jogadores se posicionam da melhor forma para obter o resultado desejado. O objetivo da teoria dos jogos é entender a lógica na hora da decisão e ajudar a responder se é possível haver colaboração entre os jogadores, em quais circunstâncias o mais racional é não colaborar e quais estratégias devem ser adotadas para garantir a colaboração entre os jogadores. A teoria dos jogos, por meio da matemática, equaciona os conflitos, onde o foco são as estratégias utilizadas pelos jogadores.¹⁰³

O Manual de Mediação do Ministério da Justiça apresenta a seguinte definição acerca da teoria dos jogos:

A teoria dos jogos oferece subsídios principalmente para quem vai trabalhar com o processo de mediação e com os demais meios de solução de controvérsias. Em suma, a relação de cooperação com competição em um processo de resolução de disputas não deve ser tratada como um aspecto ético da conduta dos envolvidos e sim por um prisma de racionalidade voltada à otimização de resultados. Isto é, se em uma relação continuada, uma das partes age de forma não cooperativa, esta postura deve ser examinada com um desconhecimento da forma mais de ação para seu conflito – seja pelo elevado envolvimento emocional, seja pela ausência de um processo maduro de racionalização. Com base na fundamentação teórica trazida pela teoria dos jogos, pode-se afirmar que, nas dinâmicas conflituosas de relações continuadas (ou a mera percepção de que determinada pessoa encontra-se em uma relação continuada), as partes têm a ganhar com soluções cooperativas. Merece destaque também que, por um prisma puramente racional, as partes tendem a cooperar, não por razões altruístas mas visando à otimização de seus ganhos individuais.¹⁰⁴

Percebe-se que, a teoria dos jogos, pode ser aplicada ao direito, como um instrumento que busca prever e delinear o comportamento estratégico de como as pessoas tomam decisões. Consiste em definir um plano de ação que será desenvolvido no jogo. A melhor estratégia para o jogador é aquela que maximiza o “*payoff* esperado”. *Payoffs* relaciona-se a tudo o que é importante para o jogador, seja positivo ou negativo.

¹⁰³ ALMEIDA, Alecsandra Neri de. Teoria dos jogos: as origens e os fundamentos da teoria dos jogos. <<http://www.ccet.ufrn.br/matemaatica/lemufrn/Artigos/Texto%20sobre%20TEORIA%20DOS%20JOGOS.pdf>>.

Acesso em: 22 fev. 2018

¹⁰⁴ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Manual de mediação judicial**. 3. ed. Brasil: Ministério da Justiça, 2012. p. 50-51.

O plano de jogo pode ser elaborado às escuras, desprezando as estratégias e as dinâmicas da parte contrária. No entanto, a forma mais eficiente de se montar uma defesa ou uma acusação é antevendo os passos e as ações que o oponente poderá optar.

Dentro do âmbito penal a aplicação da teoria dos jogos, é no sentido de se perceber prováveis ações que poderão ser tomadas pela outra parte. Dentro desse modelo, é importante que se estude o perfil do juiz que atuará no caso. Nessa formação e construção da linha de atuação é de suma importância responder algumas questões como: qual a formação do juiz, caso esteja numa ação já proposta. Suas decisões tem um viés mais finalista ou causalista? Dos casos julgados análogos julgados por esse magistrado qual é o perfil de suas decisões? Quais as possíveis saídas para a parte contrária, quais opções dispõe?

Em posse desses perfis, o advogado estará mais apto a trilhar a forma de como conduzirá o processo, momento, por exemplo, de se propor um acordo, uma transação ou ainda uma delação premiada.

Essa análise de possíveis benefícios e estímulos é que proporciona a clareza necessária para se tomar a melhor decisão. É o que direciona a parte e o advogado na escolha mais acertada de: propor um acordo, de entrar diretamente com uma ação judicial, a possibilidade de pedir uma delação premiada. Todas as respostas se baseiam numa análise de custos e benefícios.

A aplicação da teoria dos jogos na advocacia familiar, vejamos o seguinte exemplo:

João e Maria casados por 6 anos, com uma filha de 4 anos, decidem se divorciar. No processo de divórcio, Maria quer a guarda unilateral de Larissa e João luta por uma guarda compartilhada. Maria sabendo que João é interessado em realizar um acordo, propõe uma flexibilização com relação ao aumento do valor da pensão alimentícia e a diminuição dos dias de visitas. João não aceita o acordo e desiste de qualquer tipo de negociação, por sentir-se ofendido com a atitude de sua ex esposa.

Esse tipo de história ocorre com bastante frequência no direito de família, e percebe-se que desde o início Maria toma uma decisão de propor um acordo a partir da análise da atitude de João. Nesse caso, a falta de sinergia de pensamento de ambos somado à diferença de ideais afasta a possibilidade de acordos possíveis. A teoria dos jogos poderia ter sido um meio mais apto de aproximação das partes, através da colaboração recíproca na construção de uma decisão.

A teoria dos jogos possui duas qualidades básicas: racionalidade, definida como a capacidade de se optar por decisões consistentes com as preferências e objetivos de cada jogador; e a inteligência, que compreende o conhecimento comum que os jogadores têm sobre as regras do jogo,

das opções de estratégias disponíveis, das escolhas e efeitos que surtirão. Contudo, a composição de um jogo não envolve apenas o objetivo a que se almeja, mas também os jogadores, as estratégias escolhidas e combinações para buscar alcançar esse objetivo.¹⁰⁵

Alecsandra Almeida explica que “Nash provou a existência de ao menos um ponto de equilíbrio em jogos de estratégias para múltiplos jogadores, mas para que ocorra o equilíbrio é necessário que os jogadores se comportem racionalmente e não se comuniquem antes do jogo para evitar acordos”.¹⁰⁶

5.3 A realidade da competição como forma de resolução do conflito

Historicamente a competição faz parte do processo do saber. Nas escolas, desde cedo se aprende a interagir com o outro ou com o aprendizado através da competição. Cita-se como exemplo os jogos escolares que geralmente são entre turmas, ou entre meninos e meninas. No campo do lazer e do entretenimento há poucas brincadeiras que se valem da cooperação, como o freesbe ou o frescobol. No geral, natação, basquete, handebol, são atividades totalmente competitivas.

O dicionário de ciências sociais apresenta a seguinte definição para competição: “No uso recente, competição é a forma de interação que implica luta por objetivos escassos; essa interação é regulada por normas, pode ser direta ou indireta, pessoal ou impessoal, e tende a excluir o uso da força e da violência”.¹⁰⁷

A competição na sociedade faz com que as pessoas passem a agir contra seus pares, com objetivo de alcançar uma melhor posição, ou seja, em alcançar um lugar mais privilegiado ou de conseguir o máximo de resultado em uma demanda. De maneira geral, há sociedades com o espírito competitivo mais acentuado do que outras, característica percebida com maior veemência em sociedades capitalistas. Esta última, a partir de seu modelo, promove a disputa em todos os setores, como na escola, no lazer, no trabalho, o que acentua o individualismo e prejudica a cooperação.

Essas características presentes na vida cotidiana das pessoas, se refletem nos mediadores e advogados, que por não terem bases na cooperação, quando estão diante de um problema, agem totalmente competitivos. No exemplo citado acima, do processo de divórcio, a competição gerou

¹⁰⁵ CALLIARI, Marcelo Procópio. **A aplicabilidade da teoria dos jogos ao direito internacional**: um estudo exploratório. São Paulo, 2003. p. 11-15.

¹⁰⁶ ALMEIDA, Alecsandra Neri de. **Teoria dos jogos**: as origens e os fundamentos da Teoria dos jogos. 2006. p.06. Disponível em: <http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/diaadia/diadia/arquivos/File/conteudo/artigos_teses/MATEMATICA/Artigo_Alecsandra.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2018

¹⁰⁷SILVA, Benedito. **Dicionário de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987. p. 218.

resultados muito aquém do esperado por ambas as partes. Então, em situações que o modelo cooperativo seria mais produtivo e indicado, a competição traz perdas às relações. A aplicação do equilíbrio de Nash em relações continuadas pressupõe a racionalidade dos interessados¹⁰⁸, e uma aplicação cooperativa na solução do conflito do divórcio, o que poderia ter trazido maiores resultados a ambos.

5.4 A importância da especialização na advocacia para a instrumentalização dos meios

A advocacia está entre as profissões mais antigas, de que se tem conhecimento. Na Grécia antiga havia pessoas que atuavam como redatores de discursos para quem litigava, chamados de logógrafos e também atuavam na busca por solução de conflitos. Na atualidade, a advocacia é regida pela Lei Federal nº 8906/1994 (Estatuto da OAB), pelos Provimentos do Conselho Federal da OAB e pelo Código de Ética e Disciplina.

Na sociedade o advogado desempenha um relevante papel de prestação jurisdicional, com cunho social. Sua atuação, a partir da redação dada pelo art. 133 e art. 2º do Estatuto da OAB, é de que o advogado é indispensável à administração da justiça. Ele tem por dever defender a Constituição, os direitos humanos, a ordem democrática e a justiça social.

Dentre as atribuições dos advogados, ressalta-se a prevista no art. 1º do Estatuto da OAB que é: a postulação de demandas judiciais, consultoria e assessoria.

Miguel Arcanjo da Rocha enfatiza que:

Pode-se dizer que, assim como o médico dedica-se à preservação da vida de seu paciente, o advogado dedica-se à manutenção dos direitos de seu cliente. Mas não é só na esfera privada que o advogado é importante: ele exerce papel fundamental na formação da sociedade quando busca a preservação do direito à liberdade de expressão, do direito à propriedade, liberdade na forma de construção das relações familiares, no modo de atuação do mercado econômico e até mesmo na atuação do Estado.¹⁰⁹

O advogado tem como função específica proporcionar a observância do ordenamento jurídico e o acesso de seus clientes à ordem jurídica justa.¹¹⁰ Nessa linha tem por atividade a defesa

¹⁰⁸ ALMEIDA, Fabio, Fabio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa In: AZEVEDO, Andre Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2.

¹⁰⁹ ROCHA, Miguel Arcanjo Costa da. O papel do advogado na sociedade atual. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/red031b6.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2017. p. 13.

¹¹⁰ SANTOS, Mário Ramos. Teoria geral do processo. Disponível em: <<http://www.ite.edu.br>>. Acesso em: 12 dez. 2017. p. 16.

dos direitos de seu cliente, o aconselhamento e a orientação, seja em juízo ou fora dele. Esse entendimento corrobora com a advocacia curativa ou judicial que é aquela que postula em juízo.

Não menos importante, nos últimos tempos tem-se valido de meios alternativos para se alcançar a solução de conflitos. Esses novos mecanismos conforme já tratados, são decorrentes do alto número de demandas que batem às portas do judiciário para solução. O judiciário diante de tantos processos, somado a um baixo efetivo de magistrados e servidores, não se mostra capaz de dar respostas a tantas demandas em um tempo hábil. Nessa mudança de paradigma na construção de meios eficientes de solução para a lide, a presença do advogado se mostra primordial na orientação e condução desses processos.

De acordo com a definição de Paulo Lobo¹¹¹, o movimento de desjudicialização de demandas reduzirá vertiginosamente a função primordial do advogado de demandar o judiciário e mudará o foco para aplicação de novos meios de solução de conflitos. Dentre os maiores desafios, para essa mudança de foco, na atuação do advogado cita-se a posição de Paulo Lobo:

Um dos grandes males da formação jurídica no Brasil, é a destinação predominante dos cursos jurídicos ao litígio. No entanto, a área mais dinâmica das profissões jurídicas, na atualidade, é a atuação extrajudicial, em várias dimensões. Podemos encará-las de dois modos: como atividades preventivas e como atividades extrajudiciais de solução de conflitos. No primeiro caso, busca-se evitá-lo. No segundo, buscam-se meios distintos do processo judicial para solucionar conflitos já instalados ou com potencial de litigiosidade; este é o campo das mediações, das negociações individuais ou coletivas, da arbitragem, da formulação de condições gerais para contratação, do desenvolvimento de regras extra-estatais. de conduta, tanto nas relações internas quanto nas relações internacionais. O advogado é o profissional especializado, cuja assessoria ou consultoria é imprescindível, independentemente de mandamento legal, pela demanda crescente a seus serviços vinda de pessoas, empresas, entidades, grupos sociais e movimentos populares. Esse vasto campo profissional requer habilidades que os cursos jurídicos devem considerar, porque a tendência é a crescente desjudicialização de suas atividades.¹¹²

A partir dessa mudança de foco do litígio para uma atuação cooperada e consultiva, a advocacia abre espaço para um outro instituto, que tem sido fortemente objeto de discussão na doutrina, que é a negociação. Essa atuação negocial do operador do direito, assume um viés de busca por solução de conflitos pautados na efetividade. Para tanto, esse profissional se vale de uma atuação multidisciplinar, que não envolve apenas a expertise no direito em litigar, mas uma postura que se chegue a respostas rápidas, a fim de se minimizar perdas.

¹¹¹ LOBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 14-15.

¹¹² LOBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 20.

Petronio Calmon define esses métodos autocompositivos como um meio multidisciplinar, e assim assevera que:

Os antropólogos consideram o fenômeno dentro de uma estrutura de relações sociais em um mundo cultural de regras, práticas de manejo de conflitos e princípios normativos dentro dos quais se manifestam as posições no curso de uma disputa. Como uma microinteração entre pessoas, observa-se que os mecanismos despertam o interesse da ciência da comunicação, que trata não só do processo de comunicação como centro dos métodos autocompositivos, como são investigados os diálogos e as manifestações de linguagem. A tomada de decisão, ponto alto do procedimento de negociação, é visto como um modelo econômico, que enfatiza os tipos de técnicas analíticas que as partes podem utilizar para obter maiores ganhos.¹¹³

Os métodos de negociação e de mediação têm ganhado grande importância na atuação empresarial, no que diz respeito a dirimir conflitos seja entre empresas, seja no âmbito de relação trabalhista, entre patrão e empregado. Essa reformulação do direito é decorrente de mudanças ocorridas na sociedade, como a morosidade do judiciário, o aumento da competitividade do mercado, a fusão de grandes empresas, entre outras.

Essa transição das relações sociais e comerciais obriga à mudança de atitude e a forma como o advogado enxerga a lide. Atuar só como conhecedor e intérprete das leis, já não se mostra suficiente. O advogado, nessa era negocial, passa a ter de atuar com conhecimento maior em economia, lógica, estatística, gestão de negócios. Tem de assumir uma postura com perspectivas gerenciais, sociológicas, dentre outras que envolve as mais diversas ciências.

Nos moldes do art. 2º, parágrafo único, inciso VI, do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, há previsão expressa de aplicação desses novos meios de resolução de conflitos. Ademais, a lei impõe como dever aos advogados que promovam e estimulem a prática de meios alternativos de conflitos como a mediação, arbitragem, negociação. O que ocorre na atualidade é que muitos advogados continuam aplicando a litigiosidade como principal forma.

Para Carlos Eduardo de Vasconcelos os advogados vivem uma inquietação com relação a como aplicar os novos modelos de resolução de conflitos, por falta de experiência, insegurança e dificuldade de como cobrar por essa nova prestação de serviço.

Assim, para que possamos trocar o chip do litígio pelo chip da colaboração em busca de uma solução ganha-ganha, precisamos estar seguros de que o novo processo colaborativo será justo e bem conduzido. Precisamos de um acolhimento que nos deixe tranquilos quanto às responsabilidades, e à dignidade do nosso papel. Precisamos estar convencidos de que o

¹¹³ CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p. 78-79.

nosso cliente tomou a decisão de participar da mediação, conscientemente. E precisamos estar bem informados do papel que deveremos desempenhar no espaço da mediação.¹¹⁴

O referido autor aborda sobre a importância da conduta que os advogados devem assumir, no trato de um processo de mediação, e da forma como devem atuar na defesa dos interesses de seu cliente. Nesse ponto, é necessária uma maior divulgação por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, de como os advogados deverão atuar, e de como poderão confeccionar modelos de contratos de honorários que prevejam a utilização de sistemas multiportas, com o intuito de aplicar o melhor modelo de solução, de acordo com a particularidade de cada cliente.

A advocacia negocial tem por base uma atuação em que o advogado se valha de todos os mecanismos possíveis com foco em dirimir o conflito. Para o advogado, o que se percebe é uma dúvida de como atuar, e de como cobrar pelos serviços prestados, ou seja, como receberá seus honorários diante da possibilidade de atuação nesse modelo multiportas?

A resposta a essa pergunta se pauta numa mudança de mentalidade em que os operadores do direito precisam passar a se verem como solucionadores de conflitos seja na esfera judicial, ou por meio da mediação, arbitragem, negociação, etc. Essa mudança de ótica, coloca o advogado numa situação de assessor da parte, com foco na solução do problema de seu cliente. Ademais, apresenta novas formas de dirimir conflitos e retira a atividade postulatória do advogado como o principal foco na hora de se resolver um problema.

O advogado tem grande importância na consecução e aplicação desses novos modelos de resolução de conflitos, já que, geralmente, são procurados pelas partes quando estas se veem com algum problema para ser resolvido. Nessa linha, Ricardo Nemes de Mattos define que:

A opção natural de um indivíduo, quando se vê frente ao início de uma crise de direito material, é buscar a orientação de um advogado. Certamente, um bom profissional explana a situação ao cliente e, mesmo que a solução pareça encaminhada à disputa judicial, salvo raras exceções, ele não ingressará com qualquer medida sem antes contatar o adversário em uma primeira tentativa de composição. Por menores que sejam as despesas iniciais para o cliente ingressar em juízo, “custo-tempo” de trabalho do advogado seria o fator para que ele mesmo tentasse evitar uma lide temerária e, assim, efetuar um contato na busca de uma composição extrajudicial. Neste momento, o seu contato será não para se apresentar como advogado da parte contrária e sim como um representante de composição, buscando uma aproximação ou mesmo solicitando a indicação de um profissional habilitado para que a controvérsia pudesse ser com ele discutida.¹¹⁵

¹¹⁴ VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2011. p. 68.

¹¹⁵ MATTOS, Ricardo Nemes de. O poder do advogado na condução do processo civil: propostas para ampliação. p. 153. Disponível em: <file:///C:/Users/bruno%20marcelo/Downloads/Tese_Integral_Ricardo_Nemes_de_Mattos_01082012.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2018.

O foco da advocacia, precisa se atualizar, a partir das mudanças ocorridas na sociedade. A morosidade do judiciário, somado a rapidez em que ocorrem as relações sociais e comerciais, ecoam por resultados mais céleres por parte do direito. Nesse contexto, o advogado deverá ter um olhar de cunho econômico para tratar as lides, já que a sociedade e as partes necessitam de soluções rápidas, com menor gasto de tempo e uma maior preservação da relação dos envolvidos.

O advogado da era contemporânea necessita de uma maior formação em negociação, com o olhar para dirimir perdas e propor soluções futuras. Tem que se desvencilhar do passado, ou seja, analisando a lide de forma tradicional. As relações comerciais e a sociedade necessitam de novas soluções, a partir de novas formas contratuais que são possíveis de serem alcançadas com a ajuda do advogado com um perfil mais negociador.

5.5 Pensamento tradicional dos advogados e adoção de meios alternativos aos conflitos

Um dos entraves para que se insira culturalmente os meios alternativos de conflito está na visão que os advogados têm dos métodos. Leonard Riskin apresenta em sua obra o pensamento dominante que os teóricos e práticos do direito sustentam: a) a relação que há entre as partes do processo é de competição, adversariedade; b) a resolução dessas disputas se dá por meio de leis abstratas, por meio de um terceiro.¹¹⁶

Inicialmente, já se percebe que as premissas se distanciam do que busca os pressupostos da mediação, que é: 1) a possibilidade de ganhos mútuos entre as partes, através de uma solução alternativa; 2) a disputa é única não sujeita, obrigatoriamente, a um resultado predeterminado.¹¹⁷

Outro quesito que permeia a relação advogado-cliente é que esse trato é inclinado a interesses pautados por quantias monetárias, o que por vezes não é suficiente, a atingir e suprir a realidade das partes. A partir desses interesses, em uma situação de crise, qual a baliza buscada pelo advogado para reparar o dano?

Sob o aspecto jurídico, o advogado atuará na busca de almejar a reparação pecuniária mais elevada possível, como forma de suprir plenamente o dano causado a seu cliente. Na análise dos motivos que levaram ao conflito trata-se de uma relação complexa, que envolve diversos tipos de

¹¹⁶ RISKIN, Leonard L. Mediation and Lawyers (1982). In: RISKIN, Leonard L.; Westbrook, James E. Dispute Resolution and Lawyers, p. 56-57.

¹¹⁷ Idem. p. 57.

questões (econômica, psicológica, emocional, físicos, sociais), na formação das negociações das partes.

Desse modo, imagina-se hipoteticamente, um desastre ambiental, que atingiu casas, por negligência de uma empresa, ainda que se considere que a indenização pecuniária possa trazer reparação e um certo conforto às famílias atingidas, há um interesse também pela parte lesada, de reconhecimento da empresa que causou o dano e de mudança de atitude das condições que motivaram o evento danoso.

Nessa situação, percebe-se que somente a quantia em pecúnia nem sempre é o bastante para a reparação. Outros motivos permeiam o conflito, como o fator emocional. A relação entre as partes por meio da mediação, por exemplo, oportuniza a criação de vínculos e a possibilidade de se ver o problema aos olhos do outro. Traz ao processo a importância do respeito mútuo e dá oportunidade de que as partes dialoguem.

O advogado preparado para toda essa gama de oportunidades para a solução de conflitos que se abre, propicia uma maior possibilidade de satisfação para seus clientes e enseja também uma maior fidelização e reconhecimento do trabalho, a partir de soluções eficientes.

Nesta seara, é preciso que haja uma mudança de atitude do advogado em se organizar para essa nova onda de soluções de conflitos. Somado a essa gama de mudanças inclui a necessidade de preparação dos clientes para participar de sessões de conciliação e mediação, com uma postura menos beligerante e mais cooperativa. Como argumento para o convencimento do cliente, é oportuno a apresentação dos custos que permeiam esses novos métodos, a demora e a incerteza, que permeiam o procedimento judicial. Dessa maneira expor a possibilidade de ganhos e de maior previsibilidade por meio dos procedimentos alternativos como mediação, arbitragem, conciliação, negociação, etc.

A partir da análise feita de qual o meio mais adequado para enfrentar certas controvérsias, cabe a missão ao advogado de convencer e explicar o procedimento ao cliente. Situação que não é das mais fáceis, já que o desconhecimento de como ocorre esses novos métodos afasta a adesão.

Como argumento pode-se utilizar a possibilidade de melhores resultados a questões complexas, em especial no mundo dos negócios. Esses meios alternativos, por mudar o foco de aspectos puramente legais para tratar de outros interesses que permeiam as relações promovem uma maior compreensão dos interesses negociais e alcança melhores soluções a esses interesses.¹¹⁸

¹¹⁸ KEATING JR., J. Michael. Getting Reluctant Parties to Mediate: A Guide for Advocates. In: RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. **Dispute Resolution and Lawyers**. Minnesota: Thompson, 2009. p. 423.

A possibilidade de que as partes têm maiores alternativas de procedimentos a serem escolhidos se mostra como uma vantagem. A mediação, por exemplo, é flexível e capaz de se moldar às necessidades das partes. Essa flexibilização é no sentido de poder escolher o mediador que atuará no processo, definir o prazo que o processo durará, a logística e os custos. Quando se está diante de um caso que envolve questões comerciais, a delegação a um terceiro para definir a solução de um conflito é muito perigosa, já que nesse caso, no processo judicial, quem decide não tem conhecimento do contexto em que o conflito se originou.

Há também uma variedade grande de possibilidades para a solução do conflito, seja pela mediação, arbitragem, negociação, dentre outras. Nos casos em que esses meios não forem suficientes, nada impede que as partes procurem o judiciário para litigar.

Outras razões persuasivas para convencimento do cliente a optar pela mediação é em razão da disputa ter: (a) aspectos relacionais, (b) imperativo de tempo e/ou (c) redução dos danos de imagem à empresa.

Nos (a) aspectos relacionais, caso os envolvidos queiram continuar a relação, após a solução do conflito, a mediação se mostra como um meio que a viabiliza, já que tem o foco voltado a encontrar as alternativas mais viáveis e que atendam aos interesses dos envolvidos, para se preservar o relacionamento. A mediação tem a capacidade de tanto tratar do ocorrido, quanto de engendrar ações para perspectivas futuras, o que é muito valioso para a manutenção do convívio entre as partes.

No que tange ao (b) imperativo de tempo, quando há um embate em que não há uma expectativa de resolução do problema de forma rápida, o que conseqüentemente gera danos aos negócios, a opção pela mediação pode ser um bom caminho rumo à solução. Por esse método se tem a possibilidade de programar sessões, aproximar as partes, e em um curto espaço de tempo, já que a mediação poderá durar por volta de até 3 meses. Se por ventura não houver diálogo, as partes poderão optar por um julgador, através da arbitragem ou ainda ingressar com o processo na esfera judicial. E há a (c) redução dos danos de imagem à empresa, isso porque, o excesso de processos judiciais traz má reputação às empresas e a mediação tem sido uma forma de se melhorar essa imagem. Há muitos autores que enfatizam que a mediação possibilita o ganha-ganha, ou seja, respostas em que ambas as partes saiam vencedoras. Em alguns casos há soluções “perde menos-perde menos”, nessa situação o que se considera é que comparado a uma demanda judicial, os custos englobados são muito maiores, somado ao tempo em que perdurará essa ação manchando a imagem da empresa. Quando bem

delineado o modelo de como ocorrerá a mediação, se possibilita calcular os níveis de perdas aceitáveis.¹¹⁹

5.6 A quarta onda renovatória e a importância da aplicação da negociação colaborativa em detrimento da negociação distributiva na construção do direito

Conforme tratado acima, os métodos de negociação, arbitragem e conciliação, dentre outros, são apontados como mecanismos primordiais para a concretude do direito e construção da justiça. Os doutrinadores e estudiosos, têm atribuído grande relevância a esses instrumentos como forma de solução de conflitos. Nessa ótica, a atividade advocatícia tem ganhado cada vez mais relevância, com status negocial, em que já não é suficiente o perfil técnico voltado a litigar em juízo.

Essa situação se revela em diversos momentos, a partir da análise do convívio do operador do direito que a todo tempo precisa negociar com seu cliente, com a parte contrária, com o juiz, e que a base para essa negociação vai muito além do conhecimento técnico adquirido na faculdade. As constantes mudanças que a sociedade tem passado, nas esferas econômicas, culturais, políticas, ambientais têm impactado diretamente na forma de como se constrói o direito.

Cada mudança ocorrida, implica em uma evolução natural, já que traz consigo conhecimento e aprendizagem para se saber lidar com o novo. Toda mudança que vem ocorrendo leva a sociedade, de forma geral, a pensar em novas ideias para se alcançar em um menor tempo novas respostas.

A negociação surge como um meio para quebrar paradigmas antigos que já não se mostram suficientemente eficientes. Dessa forma, algumas pessoas (advogados), acompanham a direção das mudanças seguindo as tendências dos mercados, enquanto outras antecipam e preveem essas tendências, tornando-se inovadoras, entendendo que o momento das mudanças é oportuno para as novas formas de pensar.

Dentre tantos motivos de mudança da sociedade elencados, somado à ineficiência para dar resposta em tempo oportuno a tantas demandas e à dinâmica do mercado, é que se passa a dar tanta importância aos meios de solução alternativa de conflitos. O que se percebe também, a partir da quarta onda renovatória, é a grande importância das instituições de ensino na capacitação dos estudantes de direito frente a uma negociação advocatícia.

¹¹⁹ AZEVEDO, Andre Gomma de; SILVA, Cyntia Cristina de Carvalho e. Autocomposição, processos construtivos e a advocacia: breves comentários sobre a atuação de advogados em processos autocompositivos. **Revista do Advogado**, ano 26, n. 87, p. 115-124.

A negociação, de maneira geral, se pauta na obtenção de ganhos mútuos, a partir de técnicas em que os envolvidos consigam alcançar o equilíbrio que desejam. Diferente de como ocorre no procedimento judicial, em que haverá um ganhador e um perdedor, de acordo com a posição apresentada por Nicolai Mascarenhas, citado por Fernanda Holanda de Vasconcelos:

As estratégias empregadas pelo direito positivo impõem a batalha entre as partes, que têm de comprovar, a ocorrência de uma hipótese fática para aplicação de uma consequência jurídica específica. Esta consequência jurídica, consubstanciada por uma decisão do órgão judiciário, irá conferir apenas a uma das partes o bem almejado.¹²⁰

O que se extrai desse modelo de judicialização das relações é que não há uma busca por aspectos relevantes do conflito, como a identificação de um denominador comum entre as partes. Os envolvidos no ambiente litigioso judicial não têm espaço ou tempo para uma ampla discussão acerca de suas diferenças, já que o excesso de demanda do magistrado o obriga a atuar de forma atomizada. Nesse ponto, os meios alternativos se mostram mais aptos a possibilitar a aproximação das partes por meio do diálogo e da negociação.

A abordagem da negociação e de tantos outros mecanismos é com o objetivo de apresentar sistemas capazes de realizar o desafogamento do judiciário ou ainda de abreviar o tempo gasto para se ver um direito realizado. Os modelos autocompositivos têm por objetivo harmonizar a relação entre as partes e incorporar novas ferramentas para lidar de forma particular com cada tipo de conflito que se apresenta. Vale ressaltar os apontamentos de Cabral e Nogueira:

Há no novo Código, uma valorização do consenso e uma preocupação em criar no âmbito do Judiciário um espaço não apenas de julgamento, mas de resolução de conflitos. Isso propicia um redimensionamento e democratização do próprio papel do Poder Judiciário e do modelo de prestação jurisdicional pretendido. O distanciamento do julgador e o formalismo típico das audiências judiciais, nas quais as partes apenas assistem ao desenrolar dos acontecimentos, falando apenas quando diretamente questionadas em um interrogatório com o objetivo de obter sua confissão, são substituídos pelo debate franco e aberto, com uma figura que pretende facilitar o diálogo: o mediador ou o conciliador.¹²¹

Muitos países como Estados Unidos e Alemanha têm aplicado técnicas de negociação nos mecanismos alternativos, e estimulado nas universidades o estudo desses métodos, como forma de

¹²⁰ MASCARENHAS, Nicolai, apud VASCONCELOS, Fernanda Holanda de. **Advocacia Negocial**: Promoção de acesso à justiça pela desjudicialização. João Pessoa: A União, 2014. p.220. Disponível em: <http://unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao.../discente/disc_16.doc>. Acesso em: 15 fev. 2018.

¹²¹ CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Processuais. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Grandes temas do novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 49.

uma maior capacitação dos estudantes para que sejam capazes de solucionar um maior número de lides fora da esfera litigiosa.

É importante que, no processo de negociação, como estratégia, o negociador procure isolar as partes do problema; se debruce sobre os interesses dos envolvidos; elenque o maior número de possibilidades de soluções para o conflito; apresente parâmetros objetivos; divida a negociação em fases; e evite a barganha posicional.¹²²

A presença de um advogado ou de um mediador nesse processo, diante da eclosão de uma demanda é de suma importância, uma vez que são esses os profissionais aptos a auxiliar as partes e a alcançar a solução do conflito, sem que tenham de passar pela morosidade do judiciário, e com ganhos mais benéficos a ambas as partes envolvidas.

Nesse momento de transição de mudança de mentalidade as universidades são de suma importância, para apresentar e disseminar esses métodos alternativos como mais uma ferramenta disponível para a atuação do advogado.

Quando se litiga em juízo, o advogado atua no sentido de conseguir provar para o juiz a sua tese jurídica. Já no caso da negociação, o movimento é no sentido de tentar convencer a outra parte, a aceitar sua proposta, pois esta é a mais benéfica para ambos os lados; a não aceitação poderá gerar perdas muito maiores. Nesse jogo, é importante tentar descobrir quais são os interesses da outra parte; propor ganhos mútuos; estabelecer opções secundárias em caso de não realização da negociação; colocar-se no lugar do outro envolvido.¹²³

Uma forma bastante disseminada, que apresenta efetividade e aceitação são as técnicas de negociação, criadas por Harvard, nos Estados Unidos. Esse método foi divulgado no livro “Getting a Yes” (Como chegar ao sim), escrito por Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton.

O modelo de negociação distributiva, aplicado na advocacia litigiosa, é aquele que para uma parte ganhar a outra tem de perder, ou seja, o jogo soma zero. De maneira diferente é o modelo de Harvard que propõe uma negociação integrativa, em que todos devem ganhar. Luis Fernando Rabelo Chacon¹²⁴ apresenta sete elementos que devem estar presentes nesse tipo de negociação: comunicação, relacionamento, alternativas, interesses, legitimidade, opções e compromisso. E se utiliza de cinco passos que são: preparar, criar, negociar, fechar e reconstruir. Dos cinco passos

¹²² MARTINELLI, Dante P.; ALMEIDA, Ana Paula de. **Negociação**: como transformar confronto em cooperação. São Paulo: Atlas, 1997. p.22.

¹²³ SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento. **Técnicas de negociação para advogados**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 17.

¹²⁴ CHACON, Luiz Fernando Rabelo. **Todo advogado é negociador?** Disponível em: <<http://advocaciahoje.blogspot.com.br/search?q=todo+advogado+%C3%A9+negociador>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

elencados, é importante o advogado atentar para o: alvo de atuação, preço psicológico, preço financeiro, ancorar, Zonas Possíveis de Acordo (ZOPA), Melhor Alternativa sem Acordo (MASA).

Dentre os elementos indicados no método de Harvard, o relacionamento das partes e a comunicação são de suma importância e devem estar presentes em todo o processo de negociação. Os outros elementos também são importantes, mas aparecerão de maneira mais esparsa. Com relação à comunicação, as partes devem ter o cuidado de que não fique mal-entendido ou dúvida em nenhum ponto, que não haja mentiras. Já no que diz respeito ao relacionamento, é importante frisar que se busque ao máximo o contato presencial, pois toda comunicação via e-mail ou telefone pode afastar as pessoas e significar falta de comprometimento em solucionar o conflito.

Com relação aos passos para a realização da negociação, a preparação é a alma do negócio, uma vez que possibilita que a parte analise os problemas envolvidos, sobre várias óticas. Exige do negociador (operador do direito) uma pesquisa apurada para tentar compreender ao máximo o conflito. Dentro dessa análise, é que se define como será a abordagem do conflito perante a outra pessoa, as alternativas e ainda a possibilidade da não realização do acordo (MASA), suas possíveis consequências.

Geralmente os advogados não se preparam de maneira adequada para a realização de negociações. As falhas mais perceptíveis são: a falta de preparo anterior à negociação; a forma como se conduz os diálogos, em que não há definição de objetivos claros, ou que a narração dos fatos ocorre de maneira truncada, gerando pontos de stress; a definição de objetivos inatingíveis ou inaceitáveis pela outra parte. Outra situação que ocorre com bastante frequência, é o problema discutido ser levado para o lado pessoal, por falta de preparação ou de um diálogo pouco objetivo.

Ari Lima aponta como pontos-chaves para uma boa negociação a empatia, a cautela, prudência, o respeito, a flexibilidade e a cortesia:

Atualmente, a legislação no Brasil prevê a solução de muitos conflitos via métodos extrajudiciais. São conhecidos como arbitragem, conciliação e mediação. Todas estas práticas são um campo fértil para o desenvolvimento da negociação e exigem, sobretudo, competência e habilidade por parte dos agentes responsáveis em aplicá-las. É certo que a sociedade ganhou muito com a implantação destas formas de resolver conflitos, pois diminuíram os custos e os prazos para a solução de milhares de processos judiciais. Na base de todas elas, está o conceito de negociação. Na base de todas elas, está o conceito de negociação. Portanto, concluímos que a capacidade de negociação deveria ser uma prioridade na formação de todos os operadores do direito. Uma competência a ser disseminada nas escolas, nos escritórios de advocacia e nas instituições judiciárias, para que as demandas judiciais possam conseguir soluções menos onerosas, menos traumáticas e mais adequadas às partes envolvidas e para a sociedade em geral.¹²⁵

¹²⁵ LIMA, Ari. A importância da negociação na advocacia. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br>>. Acesso em: 18 fev. 2018. p. 12.

É interessante notar que o início da fase negocial, a depender da complexidade do contrato e da flexibilização das partes, é que se revela a posição e disponibilidade de efetivamente realizar a negociação.

[...] Nas propostas comerciais, é informado o preço do objeto ou o serviço a ser negociado. O preço assinala a um posicionamento econômico. [...] Toda proposta realizada tem uma justificativa, carregada de interesses, exteriorizados ou não. É sabido que todo preço representa necessidades e objetivos, como custo, lucro, etc. para os que propõem.¹²⁶

A negociação compreende a aproximação das partes através da comunicação direta que poderá ser conduzida de forma distributiva, ou seja, em que a parte busca ao máximo obter concessões da outra parte, de maneira a tentar o melhor resultado possível para si. Ou ainda, a negociação poderá ser construída de forma integrativa, que é pautada em se estabelecer ganhos mútuos para ambos os envolvidos. Esta última também é chamada de negociação cooperativa.

Bárbara Diniz define a negociação como um diálogo ou comunicação direta apta a resolver um conflito. Desse modo, as partes deverão manter o autocontrole para buscar alcançar o melhor resultado. Nesse sentido define que:

Nesse caso, a atuação dentro de uma negociação colaborativa poderia auxiliar a desafogar muitos dos tribunais existentes, além de favorecer a manutenção de relacionamentos, a autonomia individual de resolver os próprios conflitos e a satisfação de interesses de todos os envolvidos. Para isso, porém, seria necessário que os advogados soubessem negociar muito além do jogo de concessões e soma zero; seria necessário que enxergassem sua atuação como negociadores profissionais, técnicos com conhecimento. Isso, no entanto, está ainda longe de ser a realidade.¹²⁷

É importante que ocorra uma busca por parte do advogado de boa preparação antes da realização das negociações e também que se defina bem com seu cliente quais são os limites e resultados esperados, para que se busque ao máximo um resultado positivo. Nesse viés, o negociador exerce um papel de representante da parte, e assim agirá de forma a alcançar um resultado favorável para esta. Diferentemente da posição do mediador, que este sim deverá ter uma postura isenta.

Conforme ensina Maria Fernanda Pastorello:

¹²⁶MACAGNAN, Clea Beatriz. Jogo contratual e jogo da negociação. In: MACAGNAN, Clea Beatriz (coord.). **Compras**: Elementos para o jogo da negociação de produtos e serviços. Porto Alegre: Entremeios, 2010. p. 48.

¹²⁷DINIZ, Bárbara. O advogado e a negociação. Disponível em: <<http://www.blogmediacoes.com.br>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

Na mediação, é fundamental que o advogado, quando atuar como mediador, tenha consciência de que é um terceiro neutro que conhece o processo de mediação e que, sem emitir juízo de valor, auxilia as partes a conversarem, Ele deve procurar restabelecer o relacionamento, atuando como um catalisador, procurando potencializar o positivo do conflito. O advogado, habituado na lide com a parte contrária, no processo de mediação deve atuar de forma totalmente diversa da postura por ele adotada em juízo, ao representar seu cliente em uma lide. Enquanto mediador, não pode interessar-se pelos resultados, já que seus interesses devem focar-se em fazer com que as partes saibam dialogar e busquem seus interesses.

A maior cautela a ser adotada especificamente pelo profissional do direito, enquanto mediador, é ter sempre em mente que a mediação transcende a solução de conflitos, dispendo-se a transformar o contexto adversarial em colaborativo, estimulando e vitalizando a comunicação entre os indivíduos em conflito, de modo a proporcionar o que a jurisdição pública certamente não possui condições de oferecer, celeridade e restabelecimento da relação social entre as partes.¹²⁸

O advogado tem à sua disposição mecanismos eficientes para a solução do conflito, seja ele resolvido através da mediação seja pela negociação. A mudança que ocorre aqui não depende apenas de uma parte, mas de ambos envolvidos na lide, em concordar pela tentativa da aplicação de soluções alternativas.

Ademais, será necessária a cooperação dos órgãos do judiciário e faculdades, todos imbuídos de falarem a mesma língua para que seja possível uma aplicação efetiva destes novos instrumentos. Assim, o engajamento de todos, na mudança de mentalidade de uma advocacia de lide, oportunizar uma nova advocacia de consultoria e de assessoria, somado às técnicas de solução alternativa de conflitos, contribuirá para um melhor relacionamento das partes e a diminuição de processos levados a juízo.

6 ADVOCACIA EXTRAJUDIAL APLICADA AOS DIREITOS COLETIVOS

6.1 Fundamentos do direito coletivo

¹²⁸PASTORELLO, Maria Fernanda. Negociação, mediação e advocacia. Disponível em: <http://www.cgadvogados.com.br/html/downloads/focus_09.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2018.

A trajetória da tutela coletiva no direito brasileiro se inicia a partir da previsão legal na Constituição Federal de 1934 com a instituição da Ação Popular. Tempos mais tarde se disciplinou a Lei n. 4717/1965, cuja matéria versa sobre a tutela do patrimônio público e moralidade administrativa. Todas essas inovações surgiram a partir do movimento universal da segunda onda renovatória de acesso à justiça, delineado pelos autores Mauro Capelletti e Bryant Gart (tema que será melhor detalhado), com a finalidade de conferir e regular a tutela coletiva de forma mais efetiva.

Em meados da década de 80 novos instrumentos foram desenhados como a Lei da Ação Civil Pública, a legitimidade para agir, regime da coisa julgada, já que o modelo tradicional de jurisdição do processo individual não se mostrava suficiente para se aplicar em demandas coletivizadas para a sociedade de massa¹²⁹.

Já na década de 90, o Código de Defesa do Consumidor trouxe importantes contribuições a esta temática, já que criou uma categoria dos direitos individuais e homogêneos baseado no modelo americano das *class actions*, uma vez que essas apresentavam características de serem individuais na essência, mas que admitiam um tratamento coletivo.

A aplicabilidade da tutela coletiva encontrou bastante dificuldade em ser posta em prática, e por isso alguns doutrinadores como Ada Pellegrini Grinover, alunos e professores da Universidade de Direito de São Paulo, juntamente com membros da Universidade Estadual do Rio de Janeiro capitanearam a criação de um anteprojeto para elaboração e alteração da Lei de Ação Civil Pública. Esse anteprojeto foi exposto perante o Congresso Nacional denominado PL 5.139/2009, que tinha por escopo a criação do Código Brasileiro de Processos Coletivos.

O texto do anteprojeto tramitou no Congresso Nacional e recebeu diversas alterações, no entanto foi rejeitado pela Comissão de Constituição da Câmara dos Deputados. Dessa maneira, mesmo não havendo um Código em que reúna as diretrizes para a aplicação da tutela coletiva de maneira condensada, há no ordenamento jurídico vários dispositivos que tratam dessa temática, seja material ou processual, de forma esparsa.

¹²⁹ Conceitua-se sociedade de massa como: “a sociedade de massa é marcada não somente pelo seu aspecto quantitativo, mas igualmente por constituir uma sociedade onde ‘a uniformidade social prevalece sobre a universalidade’, isto é, tendência-se a tratar uniformemente os indivíduos, tanto sob o aspecto formal quanto material”. E quanto as características são as seguintes: “a) ausência de organização social; presença de uma agregação de indivíduos que, embora separados, desligados ou anônimos, possuem homogeneidade em relação a determinados comportamentos ou situações nas quais se encontram; b) os comportamentos são não organizados, não estruturados, não coordenados; c) caracteriza-se pelo comportamento de massas, isto é, nele as pessoas agem individualmente, mas na mesma direção e com estímulos e condições idênticas; d) não se manifestam por meio de um grupo, mas individualmente de forma uniforme; e) massa não consiste num grupo, não pode interagir, mas pode ser levemente identificada pela uniformidade; há uma fluidez da personalidade – mais precisamente nas sociedades primitivas – para a impessoalidade, particularidade esta das sociedades modernas”. SANTOS, Ronaldo Lima. **Sindicatos e ações coletivas**: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTR, 2003. p. 61 - 62.

O estudo da tutela coletiva estruturou-se a partir das premissas de incapacidade e insuficiência da ciência processual clássica e da falta de previsão e garantia para a coletividade. Para Diogo Campos Medina Maia¹³⁰ há outros motivos que estimularam o desenvolvimento do processo coletivo, que são:

“a) a intensificação das relações sociais, que aumentaram a ocorrência de lesões de direitos com larga abrangência; (b) o reconhecimento de direitos que não possuíam titular individual – os direitos difusos; (c) a impossibilidade de defesa coletiva de direitos pela disciplina processual individualmente concebida; (d) o desestímulo de se buscar individualmente a reparação de lesões coletivas de menor expressividade, deixando tal sorte de direitos sem tutela eficaz; (e) a economia processual, evitando-se o ajuizamento de diversas ações sobre o mesmo tema; (f) a uniformização da jurisprudência”.

Esse estímulo de desenvolvimento do processo coletivo tem por marca os avanços científicos, tecnológicos e o resultado de toda essa mudança é a globalização das relações que proporcionaram um nível sem precedentes de comunicação. Nessa linha, a internet passou a aproximar e envolver cada vez mais as nações em problemas compartilhados. Como exemplo, ataques terroristas como os ocorridos em 11 de setembro 2001 nos Estados Unidos passou a ser uma preocupação de várias outras nações, o que resultou na criação de diversas medidas, assim como outros acontecimentos também como a gripe aviária e outras diversas doenças que se expandem com certa facilidade.

Dessa maneira, a internacionalização dos conflitos, a comunicação entre os povos, ou seja, essa globalização das relações passou a estimular e potencializar o desenvolvimento de políticas públicas voltadas à coletividade.

6.2 Direitos Difusos

O artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor trouxe a definição de que os direitos difusos se enquadram como coletivos com natureza indivisível, que tem por titulares pessoas indeterminadas e ligadas por alguma situação de fato. Frisa-se quatro aspectos relevantes sobre os

¹³⁰ MAIA, Diogo Campos Medina. A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 332.

direitos difusos: transindividualidade, indivisibilidade, indeterminação dos sujeitos e ligação por circunstância de fato.

A transindividualidade dos direitos difusos tem relação com bens jurídicos que são comuns a toda a coletividade, que não são passíveis de serem considerados isolados.¹³¹ Nessa definição se inclui o meio ambiente como direito de todos, previsto no artigo 225, da Constituição Federal.

O caráter individual está ligado à incapacidade de se fracionar o direito dos sujeitos que o detém. São direitos incindíveis, indivisíveis, impossíveis de serem seccionados em partes iguais a cada membro do grupo. Como exemplo, cita-se a inviabilidade de se dividir a areia da praia em porções ideais a cada indivíduo. Já que a areia pertence a toda coletividade.

Com relação a indeterminação dos sujeitos diz respeito à impossibilidade de individualização dos sujeitos, pois estes em conjunto são titulares de direitos difusos.

Rodolfo de Camargo Mancuso atribui um maior destaque aos direitos difusos em relação aos direitos coletivos, pois o primeiro está ligado a um universo superior de sujeitos, e também pelas restrições impostas aos direitos coletivos por se exigir que haja uma relação jurídica de base para que se possa caracterizá-lo.¹³²

Entende-se como ligação por circunstância de fato a relação que há entre indivíduos sujeitos à mesma situação. Por exemplo, uma comunidade banhada por um rio que consome e tem como fonte de sobrevivência aquele afluente. Assim, qualquer dano que venha a ser causado ao referido rio, atingirá diretamente a todos aqueles que estão alocados nas mediações, e esses poderão, caso se sintam lesados, alegar e pedir reparação do dano a quem tenha cometido a infração.

Uma característica presente nos direitos difusos, conforme define Rodolfo de Camargo Mancuso é a alta conflituosidade e alteração de paradigmas no tempo e no espaço. Com isso, por se tratar de conflitos que envolvam a coletividade, por vezes atingem grupos com ideias e interesses contrários. Exemplo dessa situação é quando se passa a proteger uma floresta, o que consequentemente poderá conflitar com os interesses de lenhadores e de indústrias de madeiras, como também com interesse de ambientalistas e produtores de carne. Cada grupo desses na demanda se aterão a defender seus próprios interesses e nessa situação, por vezes será necessário um terceiro para mediar ou decidir a lide.

¹³¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 5. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 99.

¹³² *Ibidem*, p.77.

Os direitos difusos por natureza são insuscetíveis de serem individualizados e de serem transmitidos por ato de pessoas ou por causa mortis. Também não são passíveis de renúncia.

Nessa seara, é importante saber se os direitos difusos são passíveis de serem resolvidos por meio de técnicas extrajudiciais ou somente via processo judicial. Essa indagação será melhor discutida no item 6.9 e 6.10.

6.3 Direitos coletivos stricto sensu

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, inciso II, os direitos coletivos stricto sensu são coletivos e indivisíveis¹³³, ou seja, compreende uma classe ou categoria de pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica de base. Trata-se de direitos que alcançam um grupo minimamente organizado de pessoas.¹³⁴ Pertencem a este grupo os sindicatos, as categorias profissionais, ou ainda contribuintes de tributos municipais.

Além de coletivos e indivisíveis, compõem o elemento de formação de suas características serem titularizados por grupos, categorias, ou seja, pessoas ligadas entre si.

6.4 Direitos individuais e homogêneos

Trata-se de direitos que na sua essência são individuais e homogêneos, que, no entanto, pela homogeneidade do fato que atinge a um grande número de indivíduos, e por se tratar de situação de origem comum, recomenda-se que sejam tutelados de forma coletiva.

Esse instituto foi inspirado nas class actions for damages, modelo americano que proporciona tutela simultânea a um extenso número de pretensões semelhantes e que têm por base a mesma matriz de fatos.

No sistema norte-americano de tutela coletiva, inclusive as class actions for damages, como requisito de admissibilidade condiciona o preenchimento de quatro quesitos que são: a) grupo de litigantes numeroso, e que inviabiliza o litisconsórcio entre as partes; b) o grupo deve apresentar questões de fato e de direito comuns; c) pedidos e defesas típicas; e d) interesses do grupo

¹³³ DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 26.

¹³⁴ MEROI, Andrea A. **Procesos Colectivos: recepción y problemas**. Santa fe: Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 51-52.

representados por uma pessoa. O preenchimento de todos esses requisitos é chamado de certificação, que equivale a uma autorização para prosseguir a demanda em caráter coletivo.¹³⁵

Em caso de certificação ocorrida a decisão vinculará a todos os envolvidos na demanda, independentemente do resultado. Com relação à coisa julgada, essa se forma mesmo em caso de improcedência (pro et contra). Por conseguinte, se realiza a notificação dos membros ausentes para se informar o processamento da demanda coletiva e oportunizar o direito do indivíduo de auto-exclusão (opt out). Essa notificação se apresenta como o ponto de equilíbrio entre a efetividade da tutela coletiva e o direito individual de acesso à justiça.

A partir da class action for damages, se criou o instituto brasileiro com suas devidas adaptações para a realidade brasileira. Sua previsão legal é conceituada no artigo 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor. A origem comum por ser de fato ou de direito, próxima ou remota. A origem próxima são os casos como o ocorrido no rompimento de uma barragem em que há várias vítimas. Já a origem remota são os casos em que há um manuseio inadequado de determinado material nocivo à saúde, e que conseqüentemente gera reflexos a várias pessoas.

Os direitos individuais homogêneos não são essencialmente coletivos mas sim acidentalmente, já que o êxito da jurisdição é mais efetiva em caráter coletivo. Já os direitos difusos e coletivos stricto sensu ensejam o cumprimento de obrigações de dar, fazer ou não fazer, os direitos individuais homogêneos resultam em obrigações pecuniárias de indenizações, geralmente milionárias.

O tipo de litígio que envolve os direitos individuais homogêneos são totalmente passíveis de serem resolvidos de comum acordo pelas partes contentoras ou por técnicas alternativas de resolução de controvérsias, além do procedimento processual. Dessa forma, a democratização da justiça depende que se alinhe diversos fatores e o de maior destaque é que se promova a prestação jurisdicional efetiva, que se traduz pela rápida solução de conflitos. Nesse ponto, as formas alternativas para solução de conflitos se prestam bem para esse papel. Atualmente já se discute e tem se aplicado os métodos alternativos para resolução de conflitos, como formas mais aptas e eficazes para entregar justiça em tempo hábil e suficiente.

6.5 Legitimação para a tutela coletiva, direitos difusos, coletivos stricto sensu, individuais e homogêneos

¹³⁵ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 47.

A identificação e definição de direito coletivo que o caso em tela se enquadra é de grande importância, no entanto não é um parâmetro suficiente para determinar quem são os legitimados a exercer a tutela coletiva. O modelo do direito coletivo se afasta bastante do processo individual que atribui o direito de ação de forma ordinária. No processo coletivo a legitimação decorre de previsão constitucional ou legal, baseado na aptidão de certos órgãos públicos e entidades civis na tutela dos direitos coletivos.¹³⁶

Quando se está diante de direitos essencialmente coletivos, que tratam de direitos indivisíveis com titularidade indeterminada ou de difícil determinação, a regra da coincidência da titularidade entre o processo e o direito material é difícil de ser apurada. Já nos casos de direitos que são acidentalmente coletivos, em que na origem são direitos individuais, também não são possíveis de se aplicar no plano coletivo o modelo tradicional de cunho individual para o tratamento da lide.

Com isso, a legitimidade para tratar demandas com natureza coletiva é resultado de previsão legal, uma vez que os casos sejam eles essencialmente coletivos ou aqueles coletivos por acidente, não são passíveis de uma identificação intuitiva para se tutelar. A exemplo cita-se, a legitimação do Ministério Público prevista na Carta Magna em seu artigo 127, caput, 129, inciso III, também previsto no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em seu artigo 82 e, por fim, na Lei de Ação Civil Pública, artigo 5º.

A legitimação para se tutelar direitos coletivos se estendem, além do Ministério Público, a também: à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, às entidades e órgãos da Administração Pública e à Defensoria Pública. Trata-se de legitimação ampla, em que quaisquer desses órgãos são aptos a ingressar com a defesa de direitos coletivos, ressalvado os casos em que direitos tenham relação com fins institucionais de cada órgão.

Teori Albino Zavascki define os direitos individuais e homogêneos como sendo direitos subjetivos e individuais, em que seus titulares são determinados, e por consequência materialmente divisíveis. Nesse caso, sua tutela jurisdicional tanto poderá ser lesada como satisfeita por unidades isoladas. O que propicia a sua tutela jurisdicional (por regime de substituição processual) de modo coletivo e por regime de representação.¹³⁷

¹³⁶ GUEDES, Clarissa. **Legitimidade ativa e representatividade na ação civil pública**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012. p. 11-13.

¹³⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Reforma do processo coletivo**: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.34.

Dessa maneira, um sindicato de determinada categoria não possui legitimidade para ingressar com uma demanda para promover os direitos de consumidores, ou o Estado do Paraná não é apto para defender direitos coletivos do Estado da Bahia.

No ordenamento jurídico brasileiro há dispositivos que atribuem legitimidade a entes diversos, e essa legitimação não é ampla como a prevista no artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública. É o caso previsto no artigo 21 da Lei n. 12.016/2009, que confere às organizações sindicais, partidos políticos¹³⁸ e entidades de classe a possibilidade de impetrar mandado de segurança coletivo, para a tutela de direitos coletivos ou individuais homogêneos. Outra previsão legal se extrai do artigo 1º da Ação Popular que confere capacidade de ajuizamento aos cidadãos para a anulação ou a declaração de nulidade de ato administrativo ilegal e lesivo ao patrimônio público.

Essas são as definições que outorgam legitimidade para a tutela dos direitos coletivos. No que pertine os direitos essencialmente coletivos e direitos individuais homogêneos, há diferenciações relevantes, e que serão tratadas nos próximos tópicos.

No que diz respeito a esses direitos, definidos como essencialmente coletivos e que trata de uma coletividade indeterminada, a legitimidade é conferida pela Constituição Federal e também por lei ordinária. Os legitimados são determinadas entidades públicas e privadas com o intuito de promover a defesa dos direitos coletivos. Como se trata de direitos que atingem pessoas indeterminadas, grupos que não são possíveis de se definir, a legitimidade para tais direitos ficou a cargo da carta magna e da lei ordinária.

Na doutrina há certa controvérsia para se definir se a legitimidade é ordinária, extraordinária ou autônoma das entidades arroladas no artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública e no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor. Implica a indagação de que as entidades e associações civis, nos casos de direitos essencialmente coletivos agem em defesa de direito alheio ou próprio.

A definição que aparenta ser a mais coerente é aquela feita por José Manuel de Arruda Alvim¹³⁹, que afasta a aplicabilidade de conceitos do processo individual de legitimação ordinária ou extraordinária, e a define como legitimidade autônoma. Atribuída por lei que autoriza estes entes a atuarem em juízo e promoverem a tutela extrajudicial de tais direitos.

Como já abordado acima, os direitos individuais e homogêneos poderão ser objeto de tutela no plano coletivo quando estiverem presentes os requisitos de homogeneidade e origem

¹³⁸ Como os partidos políticos ostentam a natureza de associações, não há impedimento legal para que lhes seja reconhecida, sob tal prisma, legitimidade para o ajuizamento de ações civis públicas. Nesse sentido: LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de Processo Coletivo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 150.

¹³⁹ ARRUDA ALVIM, José Manuel de. Ação Civil Pública, **Revista Processo**, v 87, jul-set 1997. p. 156.

comum. No que diz respeito à legitimidade de atuação, a doutrina os define como substitutos processuais.¹⁴⁰

A formação da coisa julgada somente se opera em benefício dos substituídos, conforme o sistema *secundum eventum litis*, que impede a formação de coisa julgada na esfera individual se porventura ocorrer a improcedência da demanda coletiva, como bem define o artigo 103, inciso III e parágrafo segundo do Código de Defesa do Consumidor. Assim, as pretensões coletivas não prejudicam e nem impedem o ajuizamento de ações individuais.

Dessa forma, a legitimidade dos entes concede o direito de atuarem em juízo, na defesa dos direitos individuais e homogêneos e também na seara extrajudicial para a consecução de tais direitos.

6.6 Coisa julgada no processo coletivo

Este tema tem grande relação com o tópico legitimação para agir. Inicialmente, é importante definir que o regime da coisa julgada em processo civil individual é de imutabilidade do conteúdo da decisão. Essa regra da coisa julgada, quando aplicada ao processo coletivo admite uma sistemática um pouco diferente. Quando se está diante de uma sentença de procedência haverá coisa julgada material com efeito erga omnes e ultra partes, para os casos em que versar sobre direitos difusos. A matéria discutida em sentença não poderá ser revista em outro processo. Para os legitimados bastará somente executar a sentença judicial.

Caso a sentença seja improcedente por falta de provas, não se formará a coisa julgada formal, cabendo a qualquer legitimado ingressar com novo pedido desde que apresente novas provas.¹⁴¹ Já se for sentença improcedente por pretensão infundada, em que houve a produção de provas necessárias para a análise do mérito, nesse caso se formará a coisa julgada material (erga omnes).

Interessante frisar que a coisa julgada material terá aplicação somente aos direitos difusos e coletivos que compõem a lide. Como exemplo cita-se a ação civil pública contra a empresa “A” que fora acusada de poluir determinado rio. Ocorre que a decisão apontou que a poluição ocorreu por outros fatores alheios à empresa. Se determinada vítima que consumiu a água poluída, devido ao seu

¹⁴⁰ Nesse sentido: LEONEL, Manual..., p. 153. SHIMURA, Sergio. **Tutela Coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006. p. 53.

¹⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 926.

prejuízo, quiser pedir ressarcimento junto àquela empresa julgada na ação civil pública, poderá assim o fazer, já que teve seu direito individual lesado. A previsão expressa para essa situação consta nos §§ 1º e 3º do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

Quando se tratar de coisa julgada que envolver direitos individuais e homogêneos, em caso de procedência da sentença, se formará a coisa julgada material erga omnes. Essa matéria não será mais passível de ser rediscutida seja pelos co-legitimados, seja por qualquer indivíduo que não tenha participado do processo.

Dessa forma, caso a decisão da sentença seja de improcedência, a decisão não será erga omnes, mas obstaculizará a propositura de uma nova ação civil pública com o mesmo objeto litigioso, conforme (defesa molecularizada). No entanto, admitirá que se ingressem com ações individuais de cada indivíduo que se sinta lesado (defesa atomizada).¹⁴²

6.7 Compromisso de ajustamento de conduta

Para os propósitos que se espera atingir neste trabalho, além da definição dos direitos coletivos, do conceito sobre legitimidade para agir e coisa julgada é salutar tratar também do compromisso de ajustamento de conduta. Esse mecanismo tem por escopo resolver de forma extrajudicial conflitos dentro da seara coletiva. De forma expressa, consta no artigo 5º, parágrafo 6º, da Ação Civil Pública quem são as pessoas e entes legitimados para a tutela coletiva. A lei permite ainda a possibilidade dos órgãos realizarem compromisso de ajustamento de conduta com os interessados.

Esse instituto se define como meio alternativo de solução de controvérsias no âmbito do direito coletivo, a partir de técnicas consensuais.¹⁴³ Na doutrina, de maneira geral, não há um consenso a respeito da natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta. A letra da lei expressa que somente é possível ajuste de conduta por intermédio desse instituto não sendo possível haver concessão de direito material.

Nessa linha, autores como Ricardo de Barros Leonel, Luis Roberto Proença afirmam ser impossível enquadrar o compromisso de ajustamento de conduta à natureza de transação, já que essa

¹⁴² ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRANDE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 239.

¹⁴³ FERNANDES, Rodrigo. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental**: fundamentos, natureza jurídica, limites e controle jurisdicional. São Paulo: Renovar, 2008. p. 19.

modalidade tem por essência a realização de concessões mútuas para se encerrar ou precaver litígios, do acordo com o artigo 841 do Código Civil.

Ricardo de Barros Leonel define o compromisso de ajustamento de conduta como um ato unilateral do particular sujeito a se alinhar e cumprir a previsão legal.¹⁴⁴ Para Luis Roberto Proença o compromisso de ajustamento de conduta tem por objeto a prestação positiva ou negativa do interessado e este instrumento novo não tem qualquer relação com a transação.¹⁴⁵ Hugo Nigro Mazzilli, por sua vez, define o compromisso de ajustamento de conduta como ato administrativo negocial, que funde a vontade do Poder Público com a do particular em se adequar às exigências legais.¹⁴⁶

Outros autores como José Carlos Baptista Puoli¹⁴⁷, Édis Milaré¹⁴⁸, Ada Pellegrini Grinover¹⁴⁹, aludem que o compromisso tem sim natureza jurídica de transação. Esse é o entendimento adotado por dois precedentes proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça.¹⁵⁰ José Carlos Baptista Puoli defende que no compromisso de ajustamento de conduta há a possibilidade de se a realizar negociação, ainda que de maneira atenuada. O autor preconiza a necessidade de superação do preconceito que ronda a ideia de indisponibilidade do interesse público, que por vezes nada contribui para atingir a tutela integral dos bens da vida que deveriam resguardar.¹⁵¹

Interessante frisar que o compromisso de ajustamento de conduta faz alusão a dois mecanismos distintos. Um primeiro ligado ao direito material, que nada mais é do que o particular

¹⁴⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de Processo Coletivo. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 349.

¹⁴⁵ PROENÇA, Luis Roberto. Inquérito Civil. São Paulo

¹⁴⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. Compromisso de ajustamento de conduta – Análise à luz do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo. São Paulo: RT, 2007. p. 238.

¹⁴⁷ PUOLI, José Carlos Baptista. Responsabilidade Civil do Promotor de Justiça na tutela aos interesses coletivos: meio ambiente, consumidor, improbidade administrativa. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 173-177.

¹⁴⁸ MILARÉ, Édis. O compromisso de ajustamento de conduta e o fundo de defesa de direitos difusos: relação entre os instrumentos alternativos de defesa ambiental da Lei 7.347/1985. Revista de Direito Ambiental, v. 38, abr. 2005. p. 39-40.

¹⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo. São Paulo: RT, 2007, p. 2

¹⁵⁰ “(...) 2. O Termo de Ajustamento, por força de lei, encerra transação para cuja validade é imprescindível a presença dos elementos mínimos de existência, validade e eficácia à caracterização deste negócio jurídico. (...)” (REsp 802.060/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/12/2009, DJe 22/02/2010) “PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL – AJUSTAMENTO DE CONDOTA – TRANSAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE. 1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos. 2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao status quo ante. 3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra. 4. Recurso especial improvido.” (REsp 299.400/RJ, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01/06/2006, DJ 02/08/2006, p. 229).

¹⁵¹ PUOLI. Idem. 173-177.

reconhecer e ajustar sua conduta ao que define a lei. O segundo mecanismo tem relação com o modo e a técnica utilizada para se cumprir o assumido.

Imagina-se o seguinte exemplo, um indivíduo, recebe uma autuação administrativa ambiental, e também uma multa, apurada de forma discricionária pelo agente competente, baseada na legislação vigente. Nessa situação, se o interessado procurasse o órgão público para propor um compromisso de ajustamento de conduta para se reparar toda a lesão gerada, desde que se corrigisse o valor da multa, por se tratar de aplicação infundada.

Nesse caso é possível que o interessado possa se utilizar do compromisso de ajustamento de conduta como forma consensual de solução de conflitos. Dessa forma, é factível que se reduza o valor da multa como meio para se viabilizar a integralidade da obrigação. Esse tipo de solução privilegia a celeridade do cumprimento da obrigação e desperta a espontaneidade do causador do dano a corrigi-lo.

Importa frisar que o dogma previsto na legislação de indisponibilidade do direito ambiental passa a ser visto e avaliado no caso concreto, de forma a se buscar o melhor cenário para se solucionar a lide. Paulo Bessa Antunes¹⁵² adverte que:

“[...] a disponibilidade [...] é um mito que permeia o direito ambiental, desmentido pela leitura atenta das normas, tanto as constitucionais, [...] como da legislação ordinária.” “[...] a utilização e o consumo dos recursos naturais é uma condição sem a qual não é possível a vida humana. Logo, sempre em uma medida ou em outra, haverá disponibilidade de direitos “indisponíveis”.”

No exemplo exposto acima, a realização no presente de compromisso de ajustamento de conduta que propõe a recomposição do bem jurídico, em contrapartida de redução da multa é muito mais efetivo do que se buscar em demanda judicial futura a recomposição integral da lesão. O objeto que se busca no compromisso de ajustamento de conduta é a preservação da exigência de que o bem jurídico coletivo seja preservado integralmente.

Ana Luiza de Andrade Nery assenta o entendimento que a integral indisponibilidade dos direitos coletivos não é suficiente para afastar a possibilidade consensual das partes, através do compromisso de ajustamento de conduta e reduzir-lhe a natureza jurídica à simples concordância do interessado.¹⁵³ Esse posicionamento da autora atesta que, ao menos, o compromisso de ajustamento de conduta é munido de natureza bilateral.

¹⁵² ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental, indisponibilidade de direitos, solução alternativa de conflitos e arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 30, 2011. p. 105.

¹⁵³ NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta: teoria e análise de casos práticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 145.

Assim, a definição do compromisso de ajustamento de conduta como transação com o escopo de prevenir os litígios evita que o processo de conhecimento se estenda e concede ao órgão público um título executivo extrajudicial. Essa atribuição como transação, aplicada pragmaticamente, estimula a resolução extrajudicial de conflitos dessa estirpe.

6.8 Cartórios extrajudiciais e o instituto da mediação e da conciliação

O provimento n. 67 promulgado em 26 de março de 2018 passou a admitir a realização de mediação e conciliação nos serviços notariais e de registros. A Corregedoria Nacional de Justiça, baseada em provimentos e atos normativos do Conselho Nacional de Justiça, instituiu a possibilidade de realização de mediação e conciliação em cartórios extrajudiciais. Essa novidade faz parte da política pública de permanente incentivo à criação de mecanismos extrajudiciais para solução de litígios, conforme prevê a Resolução CNJ n. 125 de 29 de novembro de 2010.

A prestação de serviço de mediação e conciliação nos serviços notariais e de registros é facultativo e estará sujeito a seguir os procedimentos previstos no provimento n. 67 de 26 de março de 2018 e também da Lei n. 13.140/2015. A regra para atuação dos cartórios compreenderá a área a que estes tenham especialidade, de acordo com o artigo 42 da lei da Mediação. Estes serão supervisionados e regulamentados pelos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), da Jurisdição e das corregedorias gerais da justiça (CGJ) dos Estados e do Distrito Federal.

Alguns procedimentos que obtiveram grande sucesso na última década exercido pelos tabelionatos de notas, incluídos pela Lei nº 11.441 de janeiro de 2007, foram o inventário, a partilha e o divórcio extrajudicial. As vantagens desses procedimentos administrativos frente ao processo judicial são muitos, conforme explora Paulo Lobo¹⁵⁴:

O divórcio ou a separação produzem seus efeitos imediatamente na data da lavratura da escritura pública, porque esta não depende de homologação judicial. O traslado extraído da escritura pública é o instrumento hábil para averbação da separação ou do divórcio junto ao registro público do casamento e para o registro de imóveis, se houver.

Pode-se concluir, portanto, que o legislador procurou retirar do âmbito forense um

¹⁵⁴ LÔBO, Paulo. Divórcio e separação consensuais extrajudiciais. Conselho Nacional de Justiça, 27 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/agencia-cnj-de-noticias/artigos/13313-divorcio-e-separacao-consensuais-extrajudiciais>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

grande número de processos ao instituir o inventário, a partilha e o divórcio extrajudiciais. Fator esse que evidenciou uma grande preocupação com a Cidadania ao possibilitar a utilização de um sistema cartorário reconhecido pela população. Em geral, esses processos revelam a importância da estrutura extrajudicial para solucionar a maior dificuldade do Poder Judiciário, a excessiva carga de processos.

A conciliação e a mediação consistem em um importante instrumento extrajudicial de resolução de conflitos que agora passam a ser executados no âmbito dos cartórios. De acordo com a leitura que se depreende do artigo 9º da Lei da Mediação, o procedimento de mediação não será eivado de qualquer tipo de restrição, já que outorga poderes a qualquer pessoa para realizar o ato. Isso significa que o condutor do procedimento não precisará se inscrever ou fazer parte de qualquer tipo de conselho ou entidade para realizar o procedimento, apenas ter realizado curso nos moldes a que a lei de mediação exige. Essa interpretação traz grandes benefícios à sociedade uma vez que há diversas serventias espalhadas pelo Brasil afora, e essa ampliação da competência dos cartórios trarão uma maior presença da justiça e da ampliação de serviços voltados a dirimir conflitos.

Para desempenhar essas atividades como conciliadores e mediadores, os cartórios precisarão ter em seu quadro funcional pessoas formadas em curso de capacitação específica. Essa formação estará sujeita a seguir os moldes previstos no Anexo I da Resolução CNJ n. 125/2010. O provimento n. 67/2018 não faz nenhum tipo de exigência no que diz respeito à necessidade de mediadores com curso superior ou que tenha cumprido 2 anos de graduação, conforme prevê a lei da mediação para o exercício dos mediadores judiciais.

As serventias extrajudiciais estão sujeitas à supervisão dos Tribunais Estaduais, mas são classificadas como câmaras privadas de solução de conflitos por meio consensual. A adesão para prestação desse serviço é totalmente facultativa por parte dos cartórios.

A remuneração que fará jus pela prestação do serviço sempre foi uma questão bastante controversa entre os mediadores e conciliadores. A grande maioria dos profissionais que atuam nessa área, seja de maneira judicial ou extrajudicial, o fazem de forma voluntária. A Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça tratou sobre esse tema, mas não o detalhou. A Lei 13.105 de 16 de março de 2015, em seu artigo 169, tratou do tema e definiu que caberá aos Tribunais estabelecer qual será o percentual de audiências não remuneradas que as serventias estarão sujeitas a suportar com justiça gratuita. Ademais, o Tribunal estabelecerá uma tabela com os valores de emolumentos a ser cobrados por essa prestação de serviço. Conforme esclarece Edilson Mougenot Bonfim¹⁵⁵:

¹⁵⁵ BONFIM, Edilson Mougenot (Org). **Direito notarial e registral**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 14.

Assim, o registrador deve arcar com o pagamento da remuneração de todos os funcionários, como os encargos trabalhistas, com os investimentos em infraestrutura, com a aquisição de material para a prestação do serviço (livros, papel de segurança, fichas de firma, selos e suprimento de informática), limpeza, além das contas de telefone, luz e aluguel.

E, com base na legislação vigente, a renda do registrador é auferida pela porcentagem dos emolumentos que lhe cabe, deduzidas as despesas com funcionários e com a atividade. Há, também, o pagamento do necessário imposto de renda, uma vez que “concluído o concurso de ingresso para o serviço notarial e registral, o Estado deixa de impor sua vontade aos delegados, que passam a cumprir seus misteres, submetidos apenas à fiscalização¹⁵⁶”, conforme a citação de Garcia.

Essa ampliação dos serviços prestados no âmbito extrajudicial pelas serventias é mais um passo rumo à desjudicialização dos conflitos. Trata-se de mais uma porta que se abre para compor o sistema multiportas de acesso à justiça, à disposição da sociedade. Constata-se que a maioria das Corregedorias Gerais de Justiça dos estados brasileiros ainda não providenciaram a emissão do provimento administrativo que permitiria a realização da mediação e conciliação no âmbito das serventias extrajudiciais. O Estado de São Paulo teve seu provimento que normatizava a mediação e conciliação, porém esse foi publicado e, posteriormente, terminou sendo revogado pela própria CGJ/SP.

Diante disso, também a decisão terminativa do CNJ, já abordada neste estudo, é merecedora de atenção, conforme explica Felipe Luchete¹⁵⁷:

Notários e registradores podem atuar como conciliadores ou mediadores sem remuneração, porque nenhuma lei proíbe esses profissionais de contribuir para a solução dos conflitos judiciais. No entanto, embora esses serviços possam no futuro ser oferecidos em cartórios extrajudiciais, dependem de regulamentação do Conselho Nacional de Justiça.

Conclui-se, portanto, que novos desdobramentos sobre a matéria ainda devem ocorrer, uma vez que diversas Corregedorias Gerais de Justiça já regulamentaram a matéria. Dessa forma, é de fundamental importância que o CNJ regule de vez a Mediação e Conciliação nas Serventias Extrajudiciais. O que se percebe, nesse cenário, é que fica exposta a falta de sincronia entre CNJ e alguns Tribunais de Justiça dos Estados e o do Distrito Federal.

¹⁵⁶ GARCIA, Priscila Prado. Da natureza jurídica dos serviços notariais e registrares e da responsabilidade civil a qual estão submetidos. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 79, ago. 2010, On line. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8234>. Acesso em: 24 ago. 2018.

¹⁵⁷ LUCHETE, Felipe. CNJ permite notários conciliadores, mas impede conciliação em cartórios. *Consultor Jurídico*, 22 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-22/cnj-aceita-notario-conciliador-barra-conciliacao-cartorios>>. Acesso em: 24 out. 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática que versa sobre o acesso à justiça é um assunto em voga no mundo jurídico, sobretudo a respeito da desjudicialização e aplicabilidade de métodos extrajudiciais para a solução de conflitos da sociedade. Estudos acerca desse tema surgiram a partir dos trabalhos de Mauro Cappelletti e Bryan Garth, através do Projeto de Florença. Os referidos autores, através das pesquisas realizadas identificaram três ondas renovatórias para se enfrentar as dificuldades atinentes ao acesso à justiça.

A primeira onda renovatória no Brasil teve por consequência a criação da Lei Complementar nº 80/1994 e a Lei nº 1060/1950, que versam sobre a criação de defensoria e da assistência judiciária, respectivamente. A segunda onda tem fulcro na Lei nº 8.078/90, que se refere ao Código de Defesa do Consumidor e na Lei nº 7.347/1985, Lei da Ação Civil Pública. Por fim, a terceira onda renovatória levou a criação dos juizados especiais, modelo esse que prevê um trâmite processual mais célere e menos oneroso.

Não obstante, toda previsão abordada por essas três ondas não foram suficientes para tratar do acesso à justiça. Nessa linha, Kim Economides, participante do Projeto de Florença, discípulo de Mauro Cappelletti, idealizou uma quarta onda renovatória complementar às três anteriores. Nessa onda se identificou problemas ligados à educação jurídica e atuação das instituições de ensino. Com esse estudo foi possível levantar dados sobre o que impede que os cidadãos pleiteiem seus direitos junto ao judiciário?

Percebeu-se, a partir desse estudo, a necessidade de se melhor abordar mecanismos para tratamento, por exemplo, de questões envolvendo direitos difusos, bem como, da desconfiança dos cidadãos com relação aos profissionais da área jurídica, além da morosidade de trâmite dos processos, altos custos judiciais, utilização de mediação e conciliação em âmbito dos cartórios de registro e notariais. Interessante frisar que o acesso à justiça tem por escopo humanizar o mecanismo de acesso à justiça, e assim cumprir os preceitos do Estado Democrático de Direito.

Contudo, o acesso à justiça tem se resumido à ideia de acesso ao judiciário, já que este tem por prerrogativa a análise e efetividade do processo, atribuindo uma solução ao conflito posto. Ocorre que tem havido uma alta demanda de conflitos com natureza repetitiva, de massa, batendo às portas do judiciário, e este não tem conseguido dar a vazão necessária a tantas demandas, o que por consequência impede que se aplique novos meios para tratamento de demandas.

A morosidade do judiciário por conta do baixo contingente de servidores somado a um excesso de processos, obstaculizam o acesso à justiça. É preciso que haja uma mudança radical na

forma de como se pensa o direito, para que se possibilite a realização do princípio constitucional de acesso à justiça a todos.

A atuação do Estado-juiz na tutela das lides que batem às portas do judiciário é de grande relevância. Pensar em melhorias e na desburocratização desse instrumento é muito importante. Nessa linha, os juizados especiais, as defensorias públicas possuem papéis de grande notoriedade e utilidade na construção da justiça. Contudo, a solução para os conflitos não podem estar a cargo, apenas, da atuação do Estado-juiz, já que a complexidade das relações e o excesso de demandas impossibilitam a aplicação de princípios constitucionais, como acesso à justiça, celeridade processual, cidadania e dignidade da pessoa humana, dentre outros.

A partir do fracasso da jurisdição tradicional em conseguir dar vazão em tempo hábil a tantos processos, é que surgem os meios alternativos para a resolução de conflitos. Os novos modelos de tratamento de resolução de conflitos, chamados de mediação, arbitragem, conciliação e negociação, autmediação, dentre outros, são modelos aptos a solucionar demandas em tempo hábil, de maneira consensual e desburocratizada.

Nessa linha, os tribunais, passaram a inserir câmaras de mediação, conciliação e arbitragem para solução de demandas, de acordo com a determinação do Conselho Nacional de Justiça. Vários órgãos do Poder Judiciário, como Ministério Público, Defensorias Públicas também passaram a desenvolver modelos de atuação de serviços voltados à prestação da justiça, que obtiveram resultados positivos, de maneira menos burocratizada e mais ágil. Houve também instituições de ensino que ingressaram no desenvolvimento de projetos de pesquisa, pertinentes à solução consensual de conflitos, que alcançaram resultados expressivos.

A nova aposta para melhoramento do acesso à justiça é a possibilidade de realização de mediação e conciliação no âmbito dos cartórios extrajudiciais. Esse movimento visa proporcionar e promover uma maior abrangência desses serviços para a sociedade.

Mesmo diante de tantos avanços e opções no tratamento de conflitos, este trabalho apresenta uma dissertação acerca da necessidade de mudança da postura sobre o tratamento de litígios. Na sociedade atual, o grande número de demandas, o vasto território do Brasil, somado à rapidez com que o mercado espera para se solucionar conflitos, exige que se aplique novos meios mais eficientes e rápidos no tratamento de disputas. Nesse sentido, a jurisdição das relações precisa ser colocada em segundo plano, já que é necessário transformar a cultura da judicialização em cultura de pacificação.

A partir da ideia de cultura pacífica, é necessário que se proponha um novo modelo de formação jurídica, em que se atribua mais ênfase às matérias propedêuticas em detrimento das matérias técnicas. Isso significa que, a partir das cadeiras de faculdade se dissemine soluções negociadas entre as partes, conferindo maior poder de decisão a elas próprias. Uma capacitação acadêmica mais voltada a desjudicialização de conflitos em que as partes passam a agir de forma mais cooperativa e não competitiva traz grandes avanços e soluções aos conflitos.

Nessa linha, o advogado deixa de ser apenas um agente da sociedade que trata disputas de maneira competitiva e passa-se a valer de mecanismos da negociação. Essa mudança de foco não envolve somente os advogados, mas toda a sociedade, desde a maneira de como se concebe o que é direito, até a compreensão da complexidade em que se constroem os conflitos.

Já não se sustenta uma conduta advocatícia mergulhada na cultura da judicialização. O foco atual do profissional do direito deve estar ancorado em resolver o conflito, em propor meios ágeis para a solução de disputas. Essa conduta para se efetivar necessita de um maior preparo e da ampliação de conhecimento ligado a outras disciplinas como economia, psicologia, e técnicas para realização da negociação.

A análise econômica do direito é uma ferramenta também bastante eficaz na construção dessa nova forma de se enxergar o direito. Dentro dessa temática se tem a teoria dos jogos, que traz a ideia de desconstrução da disputa pautada na competição para a disseminação da cooperação na formação do resultado de um conflito.

Por fim, este trabalho apresenta a necessidade de envolvimento integral da sociedade, vinculado a mudanças na educação e na atuação da advocacia, como forma necessária para se resolver nesses novos tempos de conflitos, de maneira mais ágil, com resultados mais satisfatórios entre as partes. Também como forma de aumentar a efetividade e acesso a direitos difusos e coletivos, a partir desses mecanismos alternativos.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. CNPQ – Diagnóstico 1992 e Plano de Ação 1993. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 27, ano 14, p. 77-91, dez. 1993. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/cnpq-diagn%C3%B3stico-1992-e-plano-de-a%C3%A7%C3%A3o-1993>>. Acesso em: 01 out. 2017.

ALMEIDA, Alecsandra Neri de. **Teoria dos jogos**: as origens e os fundamentos da teoria dos jogos. Disponível em: <<http://www.ccet.ufrn.br/matemaatica/lemufrn/Artigos/Texto%20sobre%20TEORIA%20DOS%20JOGOS.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

ALMEIDA, Fabio Portela Lopes de. **A teoria dos jogos**: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In: AZEVEDO, Andre Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Editora Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2.

AZEVEDO, Andre Gomma de (Org). **Manual de mediação judicial**. 5. ed. Brasil: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

_____. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3.

_____. **Manual de mediação judicial**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>.

_____; SILVA, Cyntia Cristina de Carvalho e. Autocomposição, processos construtivos e a advocacia: breves comentários sobre a atuação de advogados em processos autocompositivos. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano 26, n. 87, p. 115-124, set/2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 2003.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1931.

BLUME, Bruno André. O que é delação premiada? **Revista Politize**, 2016. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/delacao-premiada-o-que-e/>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. Leitura crítica do pensamento de Hans Kelsen: o direito como ordem normativa de coação. **Prim@facie**, São Paulo, ano 5, n. 9, jul./dez. 2006

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 03 fev. 2018.

CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Processuais. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Grandes temas do novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2015.

CALLIARI, Marcelo Procópio. **A aplicabilidade da teoria dos jogos ao direito internacional**: um estudo exploratório. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CANNON, Walter. **Bodily changes in pain, hunger, fear, and rage**. New York: Appleton, 1915.

CARNIO, Henrique Garbellini. **O senso comum e sentido comum teórico dos juristas**. Consultor Jurídico. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-abr-09/senso_comum_sentido_comum_teorico_juristas>. Acesso em: 10 out. 2017.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Ensino jurídico contemporâneo: da academia para a sociedade. Ensino jurídico: os desafios da compreensão do direito. In: **Estudos em homenagem aos 10 anos do curso de direito da Faculdade Christus**. Fortaleza: Faculdade Christus, 2012.

CHACON, Luiz Fernando Rabelo. Advocacia hoje. 2012. Disponível em: <<http://advocaciahoje.blogspot.com.br/search?q=todo+advogado+%C3%A9+negociador>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

CHIOVENDA, Chiuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Bookseller, 2000. v. II.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CONIMA- CONSELHO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. Regulamento do Modelo Mediação. Disponível em: <http://www.conima.org.br/regula_modmed>. Acesso em: 06 mar. 2018.

COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. A mediação como método eficaz de solução de conflitos e elementos de transformação das relações sociais. In: **Anais do XXV CONPEDI**. CONPEDI: Curitiba Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/15a12bgw/9dy4ReBnk92vdxLA.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

DEUTSCH. Morton. **The resolution of conflict: Constructive and Processes**. New Haven: Yale University Press, 1973.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 12. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

DINIZ, Bárbara. **O advogado e a negociação**. Disponível em: <<http://www.blogmediacoes.com.br>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

DOLINGER, Jacob. Conciliação e arbitragem no Direito judaico. apud AYOUB, Luiz Roberto. **Arbitragem: o acesso à justiça e a efetividade do processo – uma nova proposta**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

EISLER, Riane. **O cálice e a espada**. Rio de Janeiro: Imago, 2008.

_____. **O poder da parceria**. São Paulo: Palas Athena, 2007.

FEITOZA, Pedro. A equivocada “crise” da educação jurídica. In: **Revista Crítica do Direito**, São Paulo, n. 1, v. 21. Disponível em: <<http://www.criticadodireito.com.br/>>. Acesso em: 01 out. 2017.

FERNANDES, Igor Benevides Amaro; GONÇALVES, Flavio Jose Moreira. A formação de mediadores e conciliadores no poder judiciário do estado do Ceará. Revista Paradigma. Ribeirão Preto, v. 27, 215-237, 2018. Disponível em <<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/1131/pdf/>>. Acesso em: 10/08/2018.

GENRO, Tarso. Manual de Mediação Judicial, Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei nº 9099, de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

KEATING JR., J. Michael. **Getting Reluctant Parties to Mediate**: A Guide for Advocates. CPR institute for dispute resolutions. 1995. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1002/alt.3810130108>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

LIMA, Ari. **A importância da negociação na advocacia**. 2015. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

LOBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. “**Sistema multiportas**”: opções para tratamento de conflito de forma adequada. Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação de direito. In: SALLES, Carlos Alberto (coord.). Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **A constitucionalização da solução pacífica de conflitos na ordem jurídica de 1988**. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2012. Disponível em: <<http://repositorio.ufrn.br:8080/jspui/handle/123456789/13943>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

MACAGNAN, Clea Beatriz. Jogo contratual e jogo da negociação. In: MACAGNAN, Clea Beatriz (coord.). **Compras**: Elementos para o jogo da negociação de produtos e serviços. Porto Alegre: Entremeios, 2010.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MAGALHÃES, Flávia Daiane Sousa; CASELLA, Daniel Marcelo Alves. **Compreendendo o fenômeno jurídico jurisdição**. 2007. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/3037/1/Compreendendo-O-Fenomeno-Juridico-Jurisdicao/pagina1.html>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

MAIA, Christianny Diógenes; DIÓGENES, Thanara Rocha. Crítica ao ensino jurídico brasileiro. Ensino jurídico: os desafios da compreensão do direito. In: **Estudos em homenagem aos 10 anos do curso de direito da Faculdade Christus**. Fortaleza: Faculdade Christus, 2012.

MARTINELLI, Dante P.; ALMEIDA, Ana Paula de. **Negociação**: como transformar confronto em cooperação. São Paulo: Atlas, 1997.

MASCARENHAS, Nicolai, apud VASCONCELOS, Fernanda Holanda de. **Advocacia Negocial**: promoção de acesso à justiça pela desjudicialização. João Pessoa: A União, 2014. Disponível em: <http://unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao.../discente/disc_16.doc>. Acesso em: 15 fev. 2018.

MATTOS, Ricardo Nemes de. **O poder do advogado na condução do processo civil**: propostas para ampliação. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em: <file:///C:/Users/bruno%20marcelo/Downloads/Tese_Integral_Ricardo_Nemes_de_Mattos_01082012.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das obrigações – Primeira parte. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

MOSSINI, Daniela Emmerick de Souza. **Ensino jurídico**: história, currículo e interdisciplinaridade. Tese (Doutorado). Curso de Educação, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/9534/1/Daniela%20Emmerich%20de%20Souza%20Mossini.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

MOTA, Rafael Gonçalves. A evolução histórica do ensino jurídico no Brasil. Ensino jurídico: os desafios da compreensão do direito. In: **Estudos em homenagem aos 10 anos do curso de direito da Faculdade Christus**. Fortaleza: Faculdade Christus, 2012.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. **A arbitragem ao alcance de todos: cartilha da arbitragem**. Rio de Janeiro: OAB-RJ, 2014. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20080821/not_imp227925,0.php>. Acesso em: 07 fev. 2018.

NERY JR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NICETO ALCALA ZAMORA y CASTILLO. Processo, autocomposición y autodefensa. Unam, 1970. In: CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2015.

NUNES, Antônio Carlos Ozório. **Manual de Mediação: guia prático da autocomposição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PASTORELLO, Maria Fernanda. **Negociação, mediação e advocacia**. 2016. Disponível em: <http://www.cgadvogados.com.br/html/downloads/focus_09.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2018.

PETRONIO, CALMON. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2015.

PRUITT, D.G. Negotiation behavior. New York: Academic Press, 1981. In: FREITAS, Maria Ester de. **Organização: um espaço de negociação**. Revista de administração de empresas. São Paulo, v.34, n. 5. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rae/v34n5/a03v34n5.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

RISKIN, Leonard L. Mediation and Lawyers (1982). In: RISKIN, Leonard L.; Westbrook, James E. **Dispute Resolution and Lawyers**.

ROCHA, Miguel Arcanjo Costa da. **O papel do advogado na sociedade atual**. 2016. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/red031b6.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

RODRIGUES, Silvio. Transação. In: **Enciclopédia Saraiva do Direito**. Editora Rio, 2ª ed. v. 74. São Paulo: Saraiva, 1982.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de arbitragem, Rio de Janeiro, Forense, 2016.

SHOLZE, Martha Luciana. **O ensino do direito e a cidadania:** o novo perfil profissional. Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas de solução de conflitos. Rio de Janeiro: Gen, 2009.

SILVA, Alessandra Gomes do Nascimento. **Técnicas de negociação para advogados.** São Paulo: Saraiva, 2002.

SIMÃO FILHO, Adalberto. **Automediação jurídica:** Uma proposta para a solução ética de conflitos. Dispo nível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/proposta/automediacao-juridica-uma-proposta-para-a-solucao-etica-de-conflitos/print.>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

SIX, Jean François. **Dinâmica da Mediação.** Tradução: Giselle Groeninga, Aguida Arruda Barbosa e Eliana Riberti Nazareth. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 626-660, jul/dez. 201. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2165>>. Acesso em: 10 out. 2017.

TAUCHERT, Maicon Rodrigo. **A formação do senso comum teórico dos juristas brasileiros.** Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2757>>. Acesso em 08 out. 2017.

UZQUEDA, Ana; FREDIANI, Paulo p. 12, apud D. Eric, CPR legal Program, Mini-trial Handbook; HIGHTON, Elena; ALVAREZ, Gladys. Mediación para resolver conflictos.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

VASCONCELOS, Fernanda Holanda de. **Advocacia Negocial:** promoção do acesso à justiça pela desjudicialização dos conflitos. João Pessoa: A união, 2014.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. Disponível em: <<file:///C:/Users/bruno%20marcelo/Downloads/17121-52785-1-PB.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2018.

WARAT, Luiz Alberto. **A rua grita Dionísio!** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZAMORRA Y CASTILLO, Niceto Alcalá. **Processo, autocomposicao e autodefensa.** Cidade do México: Universidad Autónoma Nacional de México, 1991.