SISTEMA MULTIPORTAS E MÉTODOS INTEGRADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Elaine Harzheim Macedo
Marina Damasceno
Organizadoras

ediPUCRS

SISTEMA MULTIPORTAS E MÉTODOS INTEGRADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

Chanceler
Dom Jaime Spengler

Reitor
Evilázio Teixeira

Vice-Reitor
Jaderson Costa da Costa

CONSELHO EDITORIAL

Presidente
Carla Denise Bonan

Editor-Chefe
Luciano Aronne de Abreu

Antonio Carlos Hohlfeldt
Augusto Mussi Alvim
Cláudia Musa Fay
Gleny T. Duro Guimarães
Helder Gordim da Silveira
Lívia Haygert Pithan
Lucia Maria Martins Giraffa
Maria Eunice Moreira
Maria Martha Campos
Nythamar de Oliveira
Walter F. de Azevedo Jr.

SISTEMA MULTIPORTAS E MÉTODOS INTEGRADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Elaine Harzheim Macedo
Marina Damasceno
Organizadoras

ediPUCRS
PORTO ALEGRE
2018

© EDIPUCRS 2018

CAPA Camila Provenzi
IMAGEM DA CAPA Freepik
DIAGRAMAÇÃO Rodrigo Valls
REVISÃO DE TEXTO dos autores

Este livro conta com um ambiente virtual, em que você terá acesso gratuito a conteúdos exclusivos.

Acesse o *QR Code* e confira!

EDIPUCRS – Editora Universitária da PUCRS

Av. Ipiranga, 6681 – Prédio 33
Caixa Postal 1429 – CEP 90619-900
Porto Alegre – RS – Brasil
Fone/fax: (51) 3320 3711
E-mail: edipucrs@pucrs.br
Site: www.pucrs.br/edipucrs

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S623 Sistema multiportas e métodos integrados de resolução de conflitos [recurso eletrônico] / Elaine Harzheim Macedo, Marina Damasceno (organizadoras). – Dados eletrônicos. – Porto Alegre : EDIPUCRS, 2018.
Recurso on-line (170 p.)

Modo de acesso: http://www.pucrs.br/edipucrs/
ISBN 978-85-397-1137-6

1. Processo civil. 2. Direito processual. 3. Direito – Brasil. I. Macedo, Elaine Harzheim. II. Damasceno, Marina.

CDD 4. ed. Dóris 341.46

Clarissa Jesinska Selbach CRB 10/2051
Setor de Tratamento da Informação da BC-PUCRS.

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do *Código Penal*), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO **7**

Elaine Harzheim Macedo
Marina Damasceno

MEIOS ADEQUADOS PARA O TRATAMENTO DE CONFLITOS: A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO NO CPC/2015 E O TRATAMENTO PELO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL **11**

Alessandra Mizuta de Brito

A INTERFERÊNCIA DA EMPATIA NA ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS ENDO E EXTRAPROCESSUAIS **29**

Celso Hiroshi Iocohama

NEGOCIANDO ESTRATEGICAMENTE EM LITÍGIOS CÍVEIS **63**

Eduardo Scarparo

SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS E O PROCESSO DE EXECUÇÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS **105**

Elaine Harzheim Macedo
Marina Damasceno

A AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO (ART. 334 DO CPC/15) COMO MEIO DE RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS 123

Gisele Mazzoni Welsch

LIMITES E POSSIBILIDADE DO ACORDO EM DIREITOS INDISPONÍVEIS: EXAME DO ART. 3°, § 2° DA LEI N° 13.140/2015 137

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

DA ORDEM DA JUSTIÇA IMPOSTA À ORDEM DA JUSTIÇA NEGOCIADA: EM BUSCA DE UM MODELO "IDEAL" DE JUSTIÇA 153

Jânia Maria Lopes Saldanha

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE O SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS E A TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS 171

Jaqueline Mielke Silva

José Tadeu Neves Xavier

O CPC/2015 E A JUSTIÇA MULTIPORTAS: UMA NECESSIDADE DE SUA COMPREENSÃO 195

Marco Félix Jobim

APRESENTAÇÃO

O novo Código de Processo Civil, alicerçado por um forte movimento jurídico de buscar alternativas e construir novos meios de superação do conflito, seja por força da grave crise atravessada pelo Poder Judiciário nas últimas décadas, seja pelos novos direitos ínsitos à pós-modernidade e suas complexidades, ou, ainda, pela cada vez maior necessidade de fortalecimento da cidadania, consagrou, no capítulo das normas fundamentais, a proposta de uma Justiça Multiportas, especialmente, mas não só pelas disposições de seu art. 3º.

É nesse caminho que o *Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul*, construindo uma rede de pesquisa e tendo como parceiros os Programas em Pós-Graduação na área do Direito da Universidade Federal de Santa Maria, da Fundação do Ministério Público, do IMED – Faculdade Meridional de Passo Fundo, da Universidade Paranaense e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, bem como os professores da graduação da Universidade Luterana, do Centro Universitário Metodista e a da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, deu início aos trabalhos realizando o **II SIMPÓSIO DE PROCESSO: Sistema Multiportas e os Métodos Integrados de Solução de Conflitos**, que teve lugar nos dias 28 e 29 de setembro de 2017, nas dependências da Instituição promotora, o qual recebeu fomento público da FAPERGS por meio do Edital AOE n. 06/2016.

A proposta do evento, que foi alcançada com êxito, buscou debater sobre os métodos integrados de resolução de conflitos. A partir de palestras de pesquisadores e doutrinadores afeitos à área de processo civil e de meios integrativos de autocomposição dos conflitos, bem como da realização de grupos de trabalho comprometidos com a temática, visou-se ao estímulo do debate acadêmico acerca das problemáticas existentes no sistema multiportas e na concretização de um processo democrático. Por meio do diálogo, propôs-se a utilização extensiva de institutos que, *a priori*, são típicos dos campos jurídicos enfrentados na prática jurídica. Com isso, questões como autocomposição e heterocomposição de conflitos ganham espaço central na discussão acadêmica, oxigenando as formas de resolução de conflitos. Evidente a necessidade de novas ideias e construções que busquem solucionar impasses em um cenário nacional marcado por uma crise no Poder Judiciário que afeta todos os ramos do direito, especialmente no que concerne a maior efetivação dos valores constitucionalmente assegurados

Prosseguindo com os trabalhados da rede de pesquisa, iniciada no evento acima referido, os pesquisadores elaboraram artigos, os quais foram disponibilizados à comunidade acadêmica por meio deste livro, que recebeu fomento público da FAPERGS também através do Edital AOE n. 06/2016. Foram reunidos, desse modo, em forma de coletânea, os artigos produzidos pelos pesquisadores e palestrantes, seguindo-se textos que abordam os "Meios adequados para o tratamento de conflitos: a conciliação e a mediação no CPC/2015 e o tratamento pelo estado do rio grande do sul", de autoria da Profa. Dra. Alessandra Mizuta de Brito; "A interferência da empatia na administração de conflitos endo e extra-processuais", de autoria do Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama; "Negociando estrategicamente em litígios cíveis", de autoria do Prof. Dr. Eduardo Scarparo; "Sistema de justiça multiportas e o processo de execução: uma análise a partir dos meios autocompositivos", de autoria da Prof. Dra. Elaine Harzheim Macedo e da Prof. Ma. Marina Damasceno; "A audiência de mediação e conciliação (art. 334 do CPC/15) como meio de resolução

consensual de conflitos", de autoria da Prof. Dra. Gisele Mazzoni Welsch; "Limites e possibilidade do acordo em direitos indisponíveis: exame do art. 3º, § 2º da lei nº 13.140/2015", de autoria do Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho; "Da ordem da justiça imposta à ordem da justiça negociada: em busca de um modelo "ideal" de justiça", de autoria da Prof. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha; "Primeiras reflexões sobre o sistema de justiça multiportas e a tutela dos direitos coletivos", de autoria da Prof. Dra. Jaqueline Mielke Silva e do Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier; e, por derradeiro, "O CPC/2015 e a Justiça multiportas: uma necessidade de sua compreensão", de autoria do Prof. Dr. Marco Félix Jobim.

A todos, uma leitura proveitosa.

Elaine Harzheim Macedo
Marina Damasceno

MEIOS ADEQUADOS PARA O TRATAMENTO DE CONFLITOS: A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO NO CPC/2015 E O TRATAMENTO PELO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Alessandra Mizuta de Brito[1]

INTRODUÇÃO

A convivência social pacífica depende do estabelecimento de regras de convivência, da observância voluntária de tais regras e em hipótese de divergência de entendimento quanto a quem a regra beneficia, de conflito de regras, ou em caso de seu descumprimento, cabe ao Poder Judiciário assegurar a concretização da norma, por meio de sua função jurisdicional.

Em brevíssima síntese, este seria o reflexo do pensamento das últimas décadas da sociedade brasileira, traçando uma relação direta (e sem desvios) do surgimento do conflito atrelada a atuação do Poder Judiciário para solucioná-lo. Neste sentido, mostra-se razoável afirmar que se fincou

[1] Doutora em Direito Processual Civil pela PUC/RS (bolsista CAPES). Doutoranda em Educação pela ULBRA. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pela UNICURITIBA/PR. Especialista em Direito Privado e Metodologia e Docência do Ensino Superior. Docente da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA/Canoas. Coordenadora do curso de Direito ULBRA/CANOAS. Professora convidada de pós-graduação em Direito pela Ulbra e pela PUC/RS. E-mail: alessandra.mizuta@gmail.com.

sobre a cultura[2] de que a atuação da função jurisdicional seria o refúgio natural para a pacificação das relações conflituosas.

Some-se a isto, os instrumentos legais introduzidos para assegurar amplo e irrestrito acesso à justiça[3] que se por um lado possibilitou que todo o jurisdicionado possa se socorrer no Poder Judiciário, por outro, acabou por sobrecarrega-lo não apenas de questões relevantes e em que sua intervenção se faria imprescindível, mas também para situações de menor importância.[4]

Embora muitas propostas tenham sido inseridas para otimizar o julgamento das demandas, com o objetivo de assegurar a duração razoável

---

[2] Segundo Stuart Hall, as ciências sociais e humanas há muito tempo reconhecem a importância do estudo cultural, atribuindo cada qual um significado a partir do olhar de seu respectivo local de fala. Para as ciências sociais, em particular para a sociologia, diferente da parte que poderia ser atribuída à programação genética (biológica), a ação social como comportamento humano traz consigo uma carga de significados tanto para quem a pratica, quanto para quem a observa, muito mais em razão dos muitos sistemas de significados que o homem utiliza para definir o que as coisas, do que pelo ato propriamente dito. Estes significados são importantes para codificar, organizar e regular a conduta dos seres humanos uns em relação aos outros. "*Estes sistemas ou códigos de significado dão sentido às nossas ações. Eles nos permitem interpretar significativamente as ações alheias. Tomados em seu conjunto, eles constituem nossas – culturas. Contribuem para assegurar que toda ação social é cultural, que todas as práticas sociais expressam ou comunicam um significado e, neste sentido, são práticas de significação.*" (HALL, Stuart. A centralidade da cultura: notas sobre as revoluções culturais do nosso tempo. **Educação & Realidade**, v. 22, n.2, jul./dez., 1997. Disponível em: http://www.gpef.fe.usp.br/teses/agenda_2011_02.pdf. Acesso em: 26/09/2017)

[3] Neste trecho está-se a referir as leis que podem se inserir nas ondas renovatórias de Acesso à Justiça sugeridos por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que visam garantir acesso aos hipossuficientes (econômica e/ou culturalmente), como, por exemplo, a Lei Complementar 80/94 (que cria a Defensoria Pública) e Lei 7.510/86 (que regulamenta a concessão de assistência judiciária), entre outras – pertencentes a primeira onda renovatória; assegurar o tratamento adequado aos direitos transindividuais, como, por exemplo, a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), entre outras – da segunda onda renovatória e; introduzir formas alternativas de tratamento dos conflitos – terceira onda renovatória, objeto do presente estudo.

[4] Conforme já se teve a oportunidade de comentar: "Deixando de se procurar outras formas de solução de conflito, sob uma visão leiga, parece ser muito mais simples entregar os problemas para que o Estado resolva, ao invés de lidar com eles de forma transacional ou administrativa. O desgaste emocional de uma tentativa de acordo extrajudicial dá lugar à comodidade de não haver a necessidade de investir em aproximações frustradas, dando lugar à mão forte do judiciário, que tudo pode. Esta situação é facilmente vislumbrada pelas demandas submetidas aos Juizados Especiais. Embora louvável a intenção legislativa, pela facilitação do acesso à justiça, garantindo a propositura de demandas mesmo sem a intermediação de advogado, um efeito colateral dessa medida foi o significativo aumento da demanda por soluções que poderiam ser obtidas sem a intervenção do judiciário." (MIZUTA; PASQUALOTTO, 2013, p. 174)

do processo, mencionando-se como exemplos os Recursos Repetitivos ou os Incidentes de Resolução de Demanda Repetitiva[5], o que se tem observado é a paralização de milhares de processos à espera do julgamento do caso paradigma (caso-piloto). Entretanto, a ausência agilidade dos Tribunais em dar uma solução ao caso eleito, bem como a crescente afetação de mais e mais matérias, acaba por ocasionar a suspensão de inúmeras demandas, o que continua a manter a frustração da razoável duração do processo.

Conforme se observará, ainda que sejam tais instrumentos processuais sejam capazes de produzir algum efeito, o maior problema continua a ser a elevada quantidade de processos ajuizados todos os anos.

Daí a importância de se fomentar o uso do sistema multiportas, conforme se passa a demonstrar.

DADOS ESTATÍSTICOS (CNJ): CULTURA DO LITÍGIO[6]

A sobrecarga do Judiciário não é uma novidade. Aliás, há tempos, tem sido objetivo de severas críticas por parte da Doutrina a demora na prestação jurisdicional, em grande parte ocasionada pelo sobrecarregamento dos Tribunais. Mas o que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) demonstrou

[5] Com a intenção de otimizar a atuação do Judiciário, foram introduzidos dentro do Código de Processo Civil algumas ferramentas que permitem que com o julgamento de um caso concreto (que servirá de paradigma para todos os demais que tratem acerca da mesma matéria), ou seja, que tenha representatividade adequada da matéria sob análise, passem a se guiar pela decisão proferida no caso-piloto. Assim, feita a eleição do caso paradigma, todos os demais similares permanecerão suspensos, até que o caso piloto venha a ser julgado e assim, aplicado aquele mesmo entendimento pelos órgãos do Poder Judiciário que estejam enfrentando a mesma matéria e que mantinham suspensos os processos por força do Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva ou dos Recursos Repetitivos. Ambos os instrumentos possuem essencialmente a mesma função (a de promover a economia processual, evitando que os Tribunais se sobrecarreguem com o julgamento de casos repetitivos), diferenciando-se em essência por este ser aplicável aos recursos dirigidos aos Tribunais Superiores e aqueles para os Tribunais de Segunda Instância.

[6] Os dados estatísticos e figuras deste tópico foram extraídos do relatório anual do Conselho Nacional de Justiça: "Justiça em Números".

por meio de seus relatórios, é que a premissa de que o grande vilão do excesso de processos em andamento seriam os recursos, estava equivocada.

Desde 2004, o CNJ apresenta relatórios anuais[7] com estatísticas oficiais do Poder Judiciário, trazendo de forma detalhada a sua estrutura e a litigiosidade para possibilitar que o jurisdicionado mantenha-se ciente e informado, bem como para subsidiar a própria gestão Judiciária.

De acordo com este levantamento, enquanto em 2014 (cujos resultados foram apresentados no relatório de 2015) haviam tramitado perante o Judiciário Brasileiro 99,7 milhões de processos, em 2016 (com dados apontados no relatório de 2017) chegou-se aos impressionantes 109,1 milhões[8] de processos.

Ainda que em 2016 tenham ingressado e baixado[9], aproximadamente, os mesmos 29,4 milhões de processo, mesmo assim o estoque de processos cresceu em 2,7 milhões, chegando ao final daquele ano com 79,7 milhões de processos em tramitação aguardando uma solução definitiva. Deve-se observar que nestas estatísticas, não integram o rol de casos novos os autos já baixados e que retornam a tramitar, como os processos que tem sua sentença anulada ou de remessa e retorno entre tribunais por conflito de competência. Este é um dos motivos pelos quais mesmo havendo equivalência dos números de casos novos e dos baixados, o estoque de processos continue aumentando.

De acordo com os dados do relatório do CNJ de 2017 (p. 67), o crescimento acumulado no período de 2009 a 2016 foi de 31,2%, o que equivale a um acréscimo de 18,9 milhões de processos. Neste panorama, a cada

---

[7] Os relatórios podem ser acessados por meio da página: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros

[8] Estes números representam a soma dos processos em acervo registrado no ano pelo CNJ, com o total de processos baixados.

[9] De acordo com o Anexo II, da Resolução CNJ nº 76/2009: "Consideram-se baixados os processos: a) remetidos para outros órgãos judiciais competentes, desde que vinculados a tribunais diferentes; b) remetidos para as instâncias superiores ou inferiores; c) arquivados definitivamente. Não se constituem por baixas as remessas para cumprimento de diligências, as entregas para carga/vista, os sobrestamentos, as suspensões e os arquivamentos provisórios. Havendo mais de um movimento de baixa no mesmo processo, apenas o primeiro deve ser considerado."

grupo de 100 mil habitantes, 12.907 ingressaram com uma ação judicial em 2016, sendo considerados nestas estatísticas somente os processos de conhecimento e de execução de títulos extrajudiciais.

Outro dado que merece destaque foi a alta produtividade dos magistrados no ano de 2016, em que se registrou a maior variação histórica do número de casos sentenciados, pois enquanto no intervalo entre 2015 e 2106 houve um crescimento de decisões proferidas em 11,4%, o crescimento acumulado dos seis anos anteriores foi de 16,6%, o que representa 30,8 milhões de processos julgados em 2016.

Contudo, de acordo com o relatório de 2017, ainda que nenhuma demanda nova fosse proposta e mantida a produtividade neste mesmo patamar, far-se-iam necessários quase três anos para zerar o estoque atualmente existente. Os dados demonstram que a quantidade de processos em tramite aumentaram 7%, se comparado com o período de 2015, enquanto o acervo aumento 3,6%.

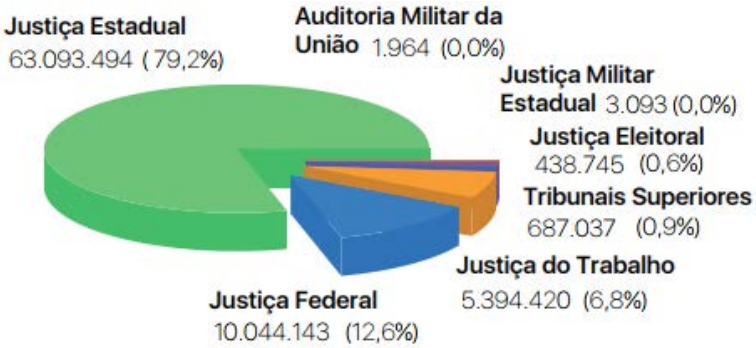


Figura 1: Casos pendentes, por ramo de Justiça
Fonte: Relatório CNJ, Justiça em Números –2017, p. 71.

Dos processos pendentes, quase a totalidade representa a demanda da Justiça Estadual, que por consequência concentrará significativa fatia do quadro de pessoal.

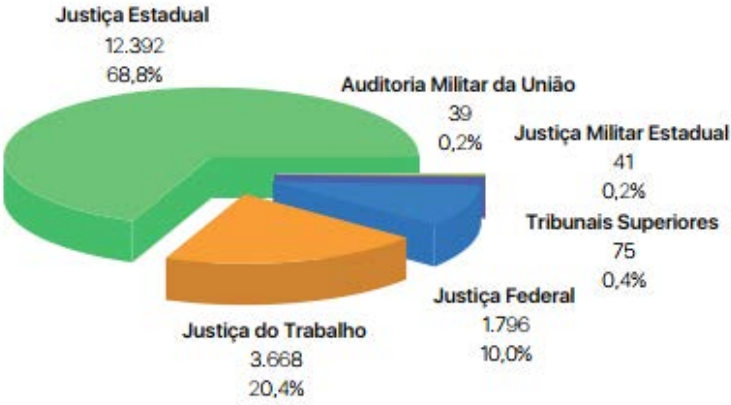


Figura 2: Total de magistrados por ramo de Justiça
Fonte: Relatório CNJ, Justiça em Números – 2017, p. 71.

O resultado global dos processos pendentes no Poder Judiciário demonstra que quase sua totalidade está diretamente relacionada ao desempenho da Justiça Estadual (79,2%), seguido pela Justiça Federal (12,6%).

Conforme antes mencionado, chama a atenção a grande concentração dos processos tramitando em primeiro grau. Aliás, neste particular, conforme apontado no relatório anual de 2015, no ano de 2014, 92% do total de processos se encontravam tramitando em primeira Instância (naquele momento, numericamente, isto representava 91,9 milhões de processos de um total de 99,7 milhões). Este percentual de concentração ficou ainda maior no ano de 2016 (conforme relatório de 2017), quando 94,2% dos casos pendentes encontravam-se em primeiro grau de jurisdição.

Com base nestes dados, por meio da Resolução CNJ n. 219/2016, que dispõe sobre critérios de distribuição de servidores, de cargos em comissão e de funções de confiança nos órgãos do Poder Judiciário de primeiro e segundo graus. Por meio dela determinou-se que até o dia 1º de julho de 2017 todos os Tribunais deveriam revisar o número de servidores lotados em primeiro grau de jurisdição, para que se passasse a guardar proporção

com o número de processos ingressados, já que foi ele o responsável por 86% dos processos ingressados e 94% do acervo processual do Poder Judiciário em 2016.

Consequência de tudo isso é um Judiciário sabidamente moroso, que tem levado, no Estado do Rio Grande do Sul, em média 2 anos e 10 meses para venha a ser proferida sentença em primeiro grau e mais 2 anos e 6 meses, para que uma decisão seja proferida em segunda instância. A situação do Justiça Federal da 4ª Região mostra-se ainda mais crítica, com a média 4 anos e 3 meses até a sentença e 1 ano e 2 meses para a decisão em 2º Instância.

Neste caso, a apuração dos tempos médios ocorreu pela avaliação da duração em cada fase ou instância, conforme esclarece o Relatório Anual do CNJ.

Pior se considerado o tempo dos processos pendentes, em especial na fase de execução, o que aparentemente seria um contrassenso, já que na fase de conhecimento ocorre toda a fase de postulação das partes, produção de provas, até que finalmente a sentença seja proferida, enquanto na fase de execução não ocorre nenhuma atividade cognitiva.

O Judiciário Estadual do Rio Grande do Sul levou em média 1 ano e 6 meses na fase de conhecimento, enquanto a fase de execução durou 4 anos. Mas ainda mais surpreendente foi a Justiça Federal da 4ª região que teve processos de conhecimento com duração média de 10 meses e execução de tempo médio de 7 anos e 8 meses.

Diante destes números, a observância ao princípio da duração razoável do processo parece cada vez mais distante. É inegável que o Judiciário não é capaz de recepcionar todas as demandas advindas da sociedade e oferecer acesso a uma ordem jurídica justa.

Como bem descrito por Capelletti e Garth (2002, p. 71) ao tratar da terceira onda renovatória de acesso à justiça, deve-se encorajar uma "ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto

como defensores", tudo para "evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios".

MARCO LEGISLATIVO

Inserido no rol de direitos e garantias fundamentais, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional encontra guarida no inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal, que prevê que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Além de servir como baliza para atuação do legislador, que não pode impor normas restritivas de acesso ao Poder Judiciário, representa também o direito ao jurisdicionado de postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória, relativamente a um direito individual, difuso ou coletivo.

Esta é a contrapartida ao monopólio da função jurisdição pelo Estado, ou seja, sempre que provocado (rompida a inércia da jurisdição), está o Poder Judiciário obrigado a oferecer a tutela jurisdicional adequada.

Contudo a adequação mencionada por vezes não pode ser assegurada pela atuação do Estado, seja pela conveniência das partes, pelas peculiaridades do objeto ou mesmo pela impossibilidade de se aguardar pelo regular trâmite do processo judicial, uma saída viável tem sido a utilização dos chamados métodos alternativos de solução de conflitos.

A par de todas as críticas em torno da opção terminológica, cabe esclarecer que o judiciário ainda é visto como a principal forma de resolução de disputas (aliás, conforme corroboram os números levantados pelo CNJ), o que justificaria a denominação de alternativos para a arbitragem e mecanismos autocompositivos.

Além disso, não se pode negar a inspiração nas ADRs, ou *Alternative Dispute Resolution*, do direito norte-americano, e do *alternative* a influência brasileira de para o uso do termo: alternativos. (ALMEIDA, 2011)

Em decorrência da complexidade e alto custo, a busca por soluções rápidas e menos onerosas ocasionou a grande difusão do uso das ADR nos EUA, a tal ponto em que, de acordo com Facchini Neto (2009, 2011),

95% das causas são resolvidas por esta via. Além disso, o autor aponta a popularidade dos meios alternativos de resolução de conflitos à crescente incapacidade institucional dos sistemas jurídicos de solucionarem controvérsias acerca dos novos direitos de maneira satisfatória.

Facchini Neto atribui a dois fatores, como principais, o crescente uso de métodos autocompositivos, sendo eles: (1) a barreira econômica do alto custo e duração dos processos judiciais e (2) a insatisfação do papel que as partes ocupam na tomada de decisão no processo tradicional.

Conforme já se teve a oportunidade de mencionar[10], Taruffo[11] (2007) se posiciona ao lado da doutrina que não vê a adoção dos meios alternativos como uma boa solução, mas acaba por reproduzir importante argumento pró-ADR ao informar que se trata de um tipo de justiça coexistencial, contrapondo-se ao modelo conflitual, evitando o enraizamento dos conflitos e oferecendo tutela a direitos que não seriam recepcionados pela função jurisdicional.

Entre os muitos argumentos favoráveis às ADRs encontram-se o incentivo a resolução célere dos conflitos e a um menor custo, a possi-

---

[10] MIZUTA, Alessandra; COSTA, Sebastião Patrício Mendes da. **Direito de acesso à Justiça, Efetividade e Jurisdição**: Sistema informais de justiça como concretização dos objetivos de desenvolvimento do Milênio da ONU. In: Acesso à justiça. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178hotg/tvzbjiq9/yfjF558SQtGdy86b.pdf>. Acesso em: 03.out.2017.

[11] "Segundo o autor italiano, há uma razão prática para a utilização das ADR, que seria a ineficiência estatal de resolver questões jurisdicionais. E segundo ele, busca-se com tais medidas diminuir a carga de trabalho dos magistrados e encontrar uma solução, "qualquer" solução, para o caso concreto. Diante da ineficiência do Estado, a resolução das controvérsias estaria na jurisdição, com procedimentos acessíveis a todas as pessoas, e não na "fuga da jurisdição", como acontece, segundo ele, no caso da s ADR. Os principais problemas enfrentados pelas ADR seriam então: a) A mediação resolve conflitos, mas possui a dificuldade em solucionar as controvérsias que envolvem a tutela de direitos, pois a mediação envolveria interesses não–jurídicos presentes nos conflitos; b) As ADR não diminuem a desigualdade entre as partes, não protegem a parte mais fraca na controvérsia, pois seu intuito é solucionar o conflito e chegar a um acordo. Nesse caso, não seria incomum chegar-se a soluções injustas que foram impostas pela parte mais forte; c) A tutela do direito dos mais fracos seria prejudicada nas ADR, pois seus direitos não seriam protegidos pela "indisponibilidade", de forma que o sujeito mais fraco pode dispor dos seus direitos e realizar o acordo proposto pelo sujeito mais forte; d) Além da dificuldade desses procedimentos alternativos em lidar com conflitos que envolvam a proteção dos direitos fundamentais, como a vida, a liberdade e a dignidade da pessoa humana."

bilidade de maior participação das partes na construção da solução a ser aplicada ao seu caso concreto, a retirada do Judiciário de ações de menor relevância e valor econômico e o desencorajamento do ativismo judicial. Por sua vez, entre os argumentos contrários estão o risco de uma justiça de segunda mão, com menos garantias processuais.

Adotando posicionamento favorável aos métodos alternativos, em sua Resolução 125, de 29 de novembro de 2010 o Conselho Nacional de Justiça dispôs sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, traz logo em seu artigo 1º, a intenção em "assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade".

E vai além, em seu parágrafo único, ao prever de forma expressa que cabe aos órgãos judiciários oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias antes de proferida a sentença, "em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão".

Nesta esteira, a Lei de Mediação, Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, disponibiliza a mediação[12] como meio de solução de controvérsias entre particulares, bem como para conflitos no âmbito da administração pública.

Também a Lei 13.140/2015, que institui o Código de Processo Civil, traz em suas normas fundamentais (Livro I, Capítulo I), a promoção pelo Estado, sempre que possível, da solução consensual de conflitos (art. 3º, § 2º, CPC) e informa, expressamente que "A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial." (art. 3º, § 3º , CPC)

Para operacionalizar este incentivo ao uso dos métodos alternativos de solução de conflitos para os direitos passíveis de autocomposição, é

[12] Nos termos do parágrafo único, do artigo 1º, da Lei n. 13.140/2015, "considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia." (MIZUTA; COSTA, 2015, p. 344).

determinada a criação de Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos – CEJUSC, que serão responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento do programa que visa auxiliar, orientar e, principalmente, estimular a autocomposição. (art. 165, CPC).

Os parágrafos segundo e terceiro, do artigo 165 do Código de Processo Civil se encarregam de diferenciar a atuação do conciliador e do mediador, sendo a atuação daquele nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes e este nos casos em que houver um vínculo anterior. Esclarece, ainda, que o conciliador poderá sugerir soluções para o litígio, vedando qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem e o mediador auxiliará no restabelecimento da comunicação, para que as partes consigam identificar por conta própria as soluções que as beneficie mutuamente.

Ambos deverão estar inscritos em cadastro nacional e em cadastro do respectivo tribunal (art. 167), estando aptas a atuar somente depois realizar de curso promovido por entidade credenciada (art. 167, § 1º). Poderão ser remunerados pelo tribunal (art. 169), ou atuar como voluntários, de forma gratuita (art. 169, § 1º). Pode o tribunal criar quadro próprio de conciliadores e mediadores[13], a ser preenchido por concurso público de provas e títulos (art. 167, § 6º).

Desde a Petição Inicial o autor informará sua opção pela realização ou não de audiência de conciliação ou mediação (art. 319, VII, CPC), cabendo ao réu, após citação, manifestar-se por seu interesse em participar da audiência. Haverá a dispensa do ato somente se ambas as partes expressamente se manifestarem neste sentido ou quando o direito material não comportar autocomposição (art. 334, § 4º).

Em 2016, das 30,7 milhões de sentenças e decisões terminativas proferidas pelo Judiciário, 11,9% foram homologatórias de acordo, o que

[13] Os mediadores estão sujeitos as mesmas regras e impedimento e suspeição dos juízes (art. 144 e 145 CPC).

representa o crescimento de menos de 1% se comparado com o ano anterior. O desempenho foi um pouco melhor na fase de conhecimento do primeiro grau de jurisdição, atingindo 17,4% na justiça comum, 16% nos juizados especiais e na Justiça do Trabalho este índice alcançou 39,7% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

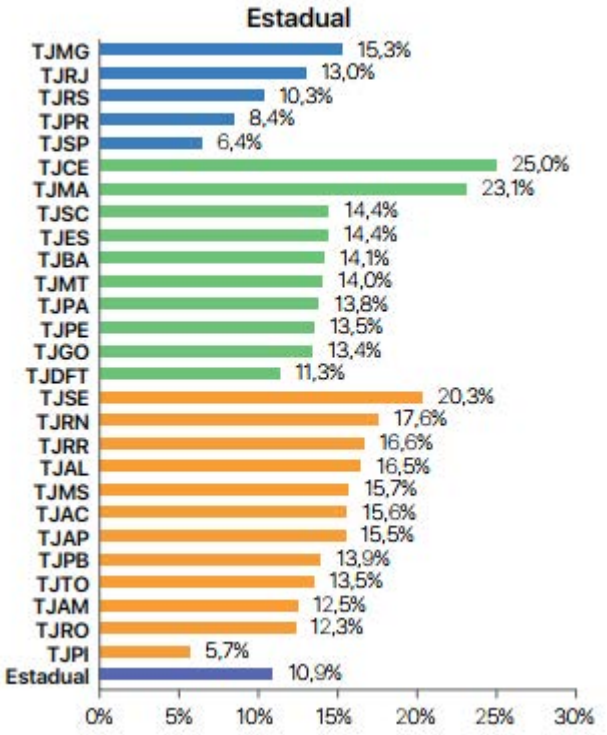


Figura 3: Índice de conciliação, por tribunal
Fonte: Relatório CNJ, Justiça em Números – 2017, p. 127.

Os números alcançados não mostram significativo aumento nas sentenças homologatórias de acordo, mas a expectativa é de que aconteça um incremento nestes números, já que o CPC entrou em vigor em março de 2016 e a partir dele a audiência prévia de conciliação e mediação é passa a ser etapa obrigatória, cujo não comparecimento acarreta em sanção.

De acordo com o § 8º, do artigo 334 do CPC, o não comparecimento injustificado é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de 2% da vantagem econômica pretendida ou do Valor da Causa, revertida em favor da União ou Estado. Com esta mesma orientação a Lei de Mediação inclui em seu artigo 22, inciso IV, a previsão de o não comparecimento para a primeira reunião de mediação, "acarretará a assunção de 50% das custas e honorários de sucumbência caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial que envolva o escopo da mediação"

Além disso, o artigo 695 do CPC determina em seu § 1º que após tomadas as devidas providências referentes a tutela provisória, nas ações de família o juiz ordenará a citação do réu para que compareça na audiência, sendo o mandado desacompanhado de contrafé, justamente para evitar que as partes compareçam com o "espírito armado", propondo um momento de diálogo não apegado aos rancores que ocasionaram a ruptura da relação.

O TRATAMENTO DADO PELOS DIFERENTES ÓRGÃOS DO RIO GRANDE DO SUL

De acordo com os dados do Relatório anual do CNJ (ano-base 2016), no Estado do Rio Grande do Sul, até o final do ano de 2016, haviam 32 CEJUSCs em funcionamento, o que possibilitou que, no primeiro ano de vigência do Código de Processo Civil, 10,3% das sentenças proferidas pela Justiça Estadual do Estado fossem homologatórias de acordo.

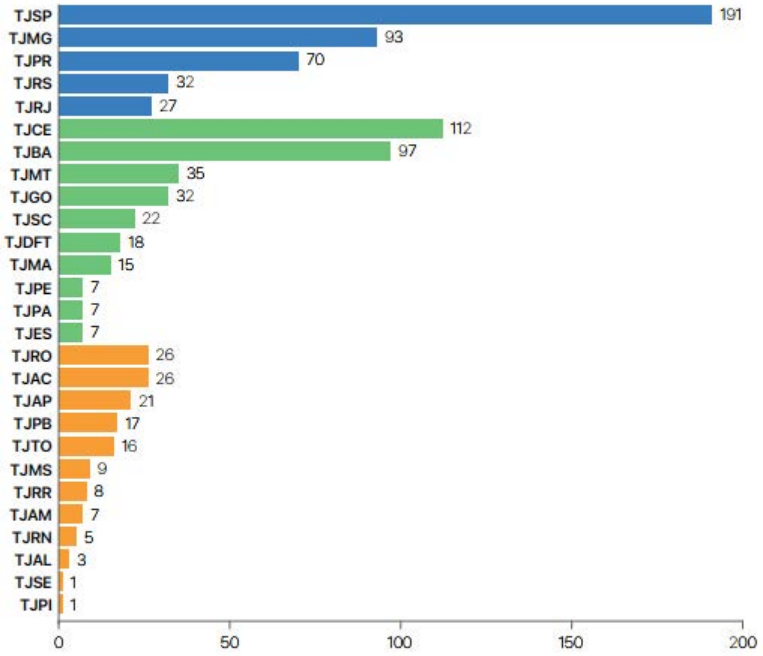


Figura 4: Centros Judiciários de Solução de Conflitos na Justiça Estadual, por tribunal
Fonte: Relatório CNJ, Justiça em Números – 2017, p. 125.

Os esforços não se encontram restritos ao Poder Judiciário, no Estado.

Em maio de 2017 foi inaugurado o Núcleo de Mediação de Conflitos da Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher (DEAM), em Santa Cruz do Sul. O projeto foi transformado em programa da Polícia Civil, por meio da Portaria 168/2014 da Chefia da Polícia e possui como objetivo incentivar a atuação não punitiva, apaziguadora dos conflitos.

Além disso, com o intuito de proporciona o acesso à justiça por meio da autocomposição, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul inaugurou em julho de 2017 o Centro de Referência em Mediação e Conciliação, com foco na mediação familiar.

A Procuradoria Geral do Estado instituiu o Centro de Conciliação e Mediação do Estado do Rio Grande do Sul, por meio da Lei Estadual nº 14.794/2015, trazendo, assim, novas possibilidades para solução de controvérsias administrativas ou judiciais que envolvam a Administração Pública estadual direta e indireta.

A Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Rio Grande do Sul possui a Casa de Mediação, instituída por meio de convênio celebrado entre a OAB/RS e o Ministério da Justiça, por meio de sua Secretaria de Reforma Judiciária (SRJ), Convênio n. 009000/2009, que objetiva promover a democratização do acesso à justiça.

Tem-se percebido, também, uma multiplicação de Centros e Núcleos de Mediações nas Instituições de Ensino Superior, seja por meio de convênios com órgãos públicos, seja de forma autônoma.

Embora não se ignore a existência de outros centros de mediação, inclusive privados, exemplificativamente menciona-se os acima listados, para demonstrar a proliferação da ideia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise dos relatórios anuais organizados pelo Conselho Nacional da Justiça é possível perceber que o número de processos em tramitação não parou de crescer. Conforme os dados do relatório do ano-base 2016, a média de crescimento de casos pendentes é de 4,5% a cada ano.

Conforme já mencionado, em 2016, foram propostos 29,4 milhões de processos novos, o que representa uma média de 14,3 processos para cada 100 habitantes. Apenas 27% de todos os processos que tramitaram tiveram uma solução, o que representa uma taxa de congestionamento líquida de 69,3%[14], mesmo com o Índice de Produtividade dos Magistrados

[14] Mesmo se desconsiderados os casos suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório aguardando alguma diligência futura.

em alta, com a solução de mais de sete processos ao dia[15] e com o crescimento de 2% do Índice de Produtividade dos Servidores da Área Judiciária (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

Não é à toa que o conjunto de disposições legais reflita a preferência pelas soluções autocompositivas e extrajudiciais, e os diferentes órgãos e entidades tem buscado consolidar centros e núcleos de conciliação e mediação. Como exemplo desta preferência, Talamini[16] (2018) menciona o artigo 16, da Lei de Mediação, que faculta às partes requerer a suspensão de processo por prazo suficiente para que possam se autocompor, sendo "irrecorrível a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes" (art. 16, § 1º).

Por óbvio não se desconsidera a importância da atuação da função jurisdicional do Estado, mas também não se pode fechar os olhos às consequências da cultura da litigiosidade.

A fixação da ideia de que somente o Poder Judiciário é capaz de fornecer soluções justas e eficazes representa um olhar para o passado, enquanto a ADR seria um olhar para o sentido oposto, ou seja, para o futuro (FACCHINI NETO, 2009).

Além de representar uma tendência mundial, a utilização de meios alternativos de resolução de conflito não exclui necessariamente a possibilidade do processo judicial, em verdade, é plenamente possível a coexistência harmoniosa entre ambos. Com este espírito ganha a sociedade, já que tanto um, quanto o outro, podem auxiliar na pacificação das relações.

---

[15] Considerados nesta contagem apenas os dias úteis do ano de 2016, excluídas as férias.

[16] Lembra o autor que as regra do artigo 16 da Lei de Mediação evidencia outro aspecto do sistema multiportas de solução de conflitos: a pluralidade de instrumentos para a composição de litígios e a possibilidade de emprego simultâneo de mais de um deles.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diego Assunção Rezende. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflito. **Revista de Processo**, v. 195/2011, p. 195-208, mai. 2011.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 jun. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 76/2009,** de 6 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2764>. Acesso em: 25 set. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 25 set. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2015**: ano-base 2014. Brasília: CNJ, 2015.

FACCHINI NETO, Eugênio Facchini. ADR (Alternative Dispute Resolution) – Meios alternativos de resolução de conflitos: solução ou problema? **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, a. 5, n. 17, p. 118-141, out./dez. 2011.

_____. A outra justiça – ensaio de direito comparado sobre os meios alternativos de resolução de conflitos. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, a. 36, n. 115, set. 2009.

HALL, Stuart. A centralidade da cultura: notas sobre as revoluções culturais do nosso tempo. **Educação & Realidade**, v. 22, n.2, jul./dez., 1997. Disponível em: <http://www.gpef.fe.usp.br/teses/agenda_2011_02.pdf>. Acesso em: 26 set. 2017.

MACEDO, Elaine Harzheim. VIAFORE, Daniele. **A decisão monocrática e a numerosidade no Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

MIZUTA, Alessandra; COSTA, Sebastião Patrício Mendes da. **Direito de acesso à Justiça, Efetividade e Jurisdição**: Sistema informais de justiça como concretização dos objetivos de desenvolvimento do Milênio da ONU. *In*: Acesso à justiça. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178hotg/tvzbjiq9/yfjF558SQtGdy86b.pdf>. Acesso em: 03 out. 2017.

MIZUTA, Alessandra; PASQUALOTTO, Adalberto. **Dos possíveis ensinamentos do processo coletivo, em prol da segurança jurídica e correção das decisões**. *In*: Matheus de Castro; Maria Cristina C. Pezzella; Janaína Reckziegel. (Org.). Direitos Fundamentais Civil - A ampliação dos direitos subjetivos no Brasil e na Alemanha - Tomo II. 1. ed. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013, v. 2, p. 171-188.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**. Alternativas à Jurisdição! 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TALAMINI, Eduardo. Suspensão do processo judicial para realização de mediação. **Revista de Processo**, v. 277/2018, p. 565-584, mar. 2018.

TARUFFO, Michele. Un'Alternativa alle alterantive: modelli di risoluzione dei conflitti. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 152, p. 328-330, 2007.

A INTERFERÊNCIA DA EMPATIA NA ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS ENDO E EXTRAPROCESSUAIS

Celso Hiroshi Iocohama[1]

INTRODUÇÃO

O insulamento jurídico denunciado por Plauto Faraco de Azevedo, nos idos da década de 80, já provocava uma atenção crítica ao sistema jurídico: essa tendência de se construir o Direito a partir de seus pressupostos normativos não poderia ser suficiente para a compreensão do fenômeno humano. Esse isolamento do operador do Direito não deveria acontecer em sua formação acadêmica e muito menos na sua prática profissional, mas na realidade, a tendência ao enaltecimento do sistema jurídico baseado nas leis e na sua interpretação, continua gerando pensamentos doutrinários e jurisprudenciais que se firmam em dogmas que acabam se afastando da facticidade das relações interpessoais e sociais. Tanto é assim, que o novo Código de Processo Civil tem como uma de suas bandeiras o princípio da primazia do mérito, desenvolvendo ao longo de diversos dispositivos legais o combate ao formalismo e à jurisprudência defensiva – construída para privilegiar a forma em prejuízo do direito das partes.

[1] Advogado. Mestre em Direito (UEL). Doutor em Direito (PUCSP). Doutor em Educação (USP). Professor da Graduação e do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR.

A empatia não é tema que aparece tradicionalmente no ensino do Direito. Por mais que tenha grande importância para os relacionamentos interpessoais, na medida em que traz mecanismos e habilidades para se buscar os sentimentos alheios e saber lidar com eles nas mais diversas áreas, o "colocar-se no lugar do outro" (para buscar compreender as suas vivências a partir de seu lugar e não do lugar de quem observa) fica provavelmente mais próximo de algum discurso de psicologia jurídica, quando é feito. De regra, somos formados para pensarmos no lugar do outro quando tratamos da sucumbência e de algum regime de sanções, mais para verificarmos as consequências do que pensarmos sobre as possibilidades que essa habilidade tem para compreensão e condução das condutas humanas.

É certo, por outro lado, que não seria plausível exigir uma disciplina para tratar da empatia. Sua compreensão deve ser provocada de maneira a passar pela formação acadêmica como uma habilidade para a vida, pessoal e profissional, o que já é um desafio, porque, de regra, a empatia também não é praticada sistemática e conscientemente no processo educativo. Como regra geral, professores não se colocam no lugar dos alunos e alunos não se colocam no lugar dos professores. Quando um professor observa um aluno conversando, seus julgamentos são pautados no que ele (professor) pensa sobre o fato que está vendo (regra geral, julgando o aluno como indisciplinado), quando, no exercício da empatia, poderia conceber uma diversidade de soluções (porque se estivesse no lugar do aluno, poderia estar apenas discutindo sobre a matéria; poderia estar lembrando de um exemplo; poderia ter uma inteligência emocional interpessoal – que lhe exigiria trabalhar a aprendizagem por meio de expressões e não apenas introspectivamente; podia ter lembrado de um fato relevante para sua vida ou da pessoa com quem mantinha o diálogo... ou outra possibilidade, além daquela pensada pelo professor – da conduta indisciplinada). As práticas educativas, por vezes, acabam esquecendo da importância da empatia, e o olhar do mundo apenas por meio das crenças, saberes e experiências de quem está observando, reduz as possibilida-

des que a vida alheia pode estar vivenciando, produzindo julgamentos equivocados. Se esses pensamentos equivocados são fundamento para a tomada de decisão, certamente algumas decisões serão equivocadas pela falha da causa do fundamento.

De qualquer modo, é correto também afirmar que a formação educativa é um *continuum* e podemos integrar novos olhares e novas experiências por meio do conhecimento que se disponibiliza, não somente pela própria área de atuação (no caso, o Direito) como de outros de igual importância, aptos a propiciar temas que podem ser somados à experiência jurídica, especialmente no tratamento da pessoa humana, que necessita de conhecimentos metajurídicos para a compreensão dos fenômenos que produz.

Desta maneira, num contexto de estudos preocupados com o sistema multiportas para a solução de conflitos, o presente estudo apresenta alguns elementos que procuram traçar as características da empatia, aplicada mais substancialmente a outras áreas (como na de gerenciamento de pessoas ou na da saúde – nesta última como ferramenta terapêutica), mas com valor significativo para ser aplicado nos relacionamentos interpessoais dentro e fora do processo judicial. A área do Direito pode se valer mais da empatia na construção de suas ações e aproveitar da experiência de outras áreas para aprimorar seus procedimentos, que, de regra, vão repercutir nos sentimentos das pessoas envolvidas (e não somente as partes).

Assim, o presente estudo traz, num primeiro momento, os elementos caracterizadores da empatia, destacando a descoberta de sua raiz história e fisiológica, bem como traçando critérios para a sua compreensão e aplicação, inclusive com alerta para a pseudoempatia, porque a habilidade empática não é de simples aplicação, como se pode imaginar superficialmente.

Numa segunda parte, traz-se uma proposta de configurar uma natureza jurídica à empatia, para que a orientação de sua aplicação não se mantenha apenas em elementos metajurídicos, mas que tenha respaldo em fundamento constitucional.

Na parte final, produz-se uma rápida análise sobre o gerenciamento de conflitos, trazendo-se a aplicação da empatia para alguns dos diversos momentos de relações interpessoais, sejam decorrentes ou ligadas à relação jurídico-processual dentro de um processo de jurisdição contenciosa, seja das relações produzidas extrajudicialmente. Pontuam-se exemplos, mas espera-se que o subsídio dado à análise da empatia permita ao leitor reproduzi-las nas mais diversas ocasiões em que uma relação interpessoal aconteça.

O estudo, portanto, pauta-se numa pesquisa descritiva e bibliográfica, desenvolvido a partir da problematização da não utilização da empatia no Direito, objetivando trazer suporte teórico para sua inserção na prática acadêmico-profissional.

A CARACTERIZAÇÃO DA EMPATIA

Expressão que transita por diversas áreas do conhecimento, a empatia tem merecido atenção de pesquisadores na medida em que provoca interessantes percepções a respeito do *outro*, o que implica agregar às formas de relacionamentos interpessoais uma habilidade que tem se demonstrado muito importante para a qualidade do diálogo.

Como demonstra José Carlos Bermejo (2012), há muitos diferentes conceitos da palavra empatia, na medida em que há uma grande diversidade no modo como se deve interpretar ou compreender/aprender o mundo interior do outro. Contudo, relata que o conceito da empatia tem raízes na expressão alemã *einfühlung*, utilizada por um romance alemão de Novais (1772-1801), o qual manifestou em toda sua obra "una gran sensibilidad o 'ensimismamiento' (significado de la palavra alemana) frente a la naturaleza, el espíritu que habita en el universo, la religión, los acontecimientos de la vida".

A utilização da expressão *empatia* não é uníssona, muitas vezes podendo ser até contraditória, como alerta Mireille Bourret (2011), que destaca as raízes gregas da expressão para o alcance do significado, considerando que no grego antigo, "la raíz pathos significa «sufrimiento» o

«lo que sentimos». El prefijo em- significa «en», «dentro de»". Logo, "la empatía sería, pues, la capacidad de sentir o de comprender desde dentro lo que el otro siente. La empatía implica optar deliberadamente por ver y sentir una situación de la misma manera en que el otro la vive y adoptar su punto de vista, incluidas sus reacciones emotivas, sin dejar por ello de ser consciente de que se trata de la experiencia del otro y sin que influya necesariamente en nuestras propias emociones".

Com efeito, a empatia representa uma capacidade de o sujeito assimilar os sentimentos que estão sendo vivenciados por outra pessoa, permitindo uma compreensão mais ampliada dos fenômenos que estão a se passar no outro, não implicando necessariamente em um julgamento (envolvendo um *certo* ou um *errado*), mas numa repercussão, ao sujeito que observa, dos sentimentos daquele que está sendo observado.

Atribui-se a Carl Rogers uma renovação do conceito de empatia, porque ele deu ênfase à aproximação do terapeuta ao paciente (que cita como "cliente"), como umas das condições essenciais para essa relação e para que haja uma aceitação plena. Neste sentido, afirma, ao tratar do processo de psicoterapia:

> Uma condição básica
>
> Se estudássemos o mecanismo do crescimento das plantas, teríamos de aceitar algumas condições constantes de temperatura, de umidade e de iluminação, ao elaborar a nossa teoria sobre o processo a que assistimos. Do mesmo modo, ao teorizar sobre o processo da modificação da personalidade em psicoterapia, tenho de aceitar um conjunto ótimo de condições constantes que facilitem essa modificação. Tentei recentemente estabelecer com algum pormenor essas condições [...]. Para o nosso objetivo de momento, creio poder resumir essas condições numa palavra. Ao longo de toda a exposição que se segue, parto do princípio de que o cliente se sente plenamente aceito. Com isso pretendo significar que, sejam quais forem os seus sentimentos – temor, desespero, insegurança,

> angústia –, seja qual for o seu modo de expressão – silêncio, gestos, lágrimas ou palavras –, seja qual for a impressão sobre a sua situação nesse momento, ele sente que está sendo psicologicamente aceito tal qual é, pelo terapeuta. Isto implica, portanto, o conceito de uma compreensão por empatia e o conceito de aceitação. Convém igualmente sublinhar que é a vivência que o cliente tem dessa condição que a otimiza e não apenas o fato de tal condição existir no terapeuta. Logo, em tudo o que vou dizer sobre o processo de modificação da personalidade, admitirei como uma constante uma condição ótima e máxima de ser aceito (ROGERS, 2017).

Na apresentação da obra Tornar-se Pessoa, de Rogers, Peter D. Kramer salienta que ele dirigiu um "esforço intelectual substancial a serviço de uma simples crença: Seres humanos necessitam de aceitação e, quando esta lhes é dada movem-se em direção à 'autorrealização'". Neste plano, Rogers buscava se afastar da postura pedante e distante assumida "por muitos psicanalistas da metade do século", por se demonstrar "contraterapêutica", indicando que a "fronteira entre a psicoterapia e a vida comum" era necessariamente tênue. Logo, ao constatar que a "aceitação, a empatia e a consideração positiva" constituíam as condições "necessárias e suficientes para o crescimento humano", elas deveriam da mesma forma "estar presentes nas relações de ensino, amizade e na vida familiar" (ROGERS, 2017). Esse pensamento de afastamento da técnica para o fortalecimento de atitudes de compreensão empática, entre outros aspectos, provocou grandes debates e seu pensamento, assim, trouxe inegáveis contribuições inclusive para a área da aprendizagem.

De qualquer modo, o desenvolvimento da empatia encontrou também sustentação em estudos dos denominados neurônios-espelho, dando indicativos de que há uma dimensão biológica nesse processo. Como esclarece Mireille Bourret (2011), com o descobrimento dos neurônios-espelho, podemos ter a certeza de que todo ser humano, como provavelmente a maioria dos mamíferos, possui a bagagem necessária para desenvolver a

empatia, pois é um potencial "arraigado en nuestro interior y que utilizamos o bloqueamos en función no solo de nuestro temperamento, nuestras experiencias, nuestra capacidad de imaginación, nuestros sufrimientos anteriores y traumatismos, sino también en función de nuestras alegrías y nuestra sensación de seguridad e integridad".

Note-se que esta constatação biológica da capacidade de empatia pode ser vista desde a primeira infância, quando se percebe, em bebês, a capacidade de observar o outro e sofrer com ele. Como anota Luis Moya Abiol (2014), os neurônios-espelho foram identificados como aqueles neurônios que são ativados quando observamos o que faz, percebe ou sente outra pessoa, de maneira que eles (os neurônios) provocam uma reação que se comporta como um reflexo de um espelho. Relata o autor a origem dos estudos desses neurônios na Universidade de Parma, por Giacomo Rizzolati e sua equipe de investigação, trabalhando com macacos, nos quais aplicaram eletrodos numa parte do córtex pré-motor e constataram a reação apenas cerebral mesmo sem o movimento dos macacos, indicando uma capacidade de captar a reação dos outros. Esses estudos foram reproduzidos no homem na medida em que se desenvolveram aparelhos capazes de obter imagens funcionais do cérebro, como a eletroencefalografia, a magnetoencefalografia e a estimulação magnética transcraniana e, como acrescenta Bautista J (2011), "se logro establecer que existían sistemas neuronales con propiedades similares a las neuronas espejo identificadas en los primates, en localizaciones anatómicas comparables".

De fato, tais descobertas não apenas influenciaram o estudo da empatia, mas, como se observa de uma pesquisa livre na Internet, muitos estudos foram desenvolvidos para a área da aprendizagem em seus mais diversos conteúdos[2]. De qualquer modo, no tocante à empatia, o estudo dos neurônios-espelho abriu um importante campo de pesquisas para se

[2] Um interessante estudo que amplamente relata a descoberta dos neurônios-espelho e sua repercussão na aprendizagem pode ser visto no artigo Neuronas espejo y el aprendizaje en anesthesia, de Bautista, John e Navarro, José R. (2011).

compreender que os efeitos da empatia são decorrentes não apenas de uma questão relacional/comportamental, mas também biológica, a ponto de se constatar que a ausência de empatia provocado por problemas de formação, podem gerar sujeitos com problemas graves de relacionamento, inclusive para o lado de ações criminosas (quando sujeitos se tornam agressivos e sem o sentimento de "pensar no outro"). Neste último aspecto, Daniel Goleman (2011) adverte que apesar de se constatar "padrões biológicos em jogo em alguns tipos de criminalidade", isso não significa que "todos os criminosos são biologicamente anômalos, ou que existe uma determinante biológica para o crime". Observa, contudo, que a "falta de empatia é apenas um fator, entre outras forças psicológicas, econômicas e sociais, que contribui para um vetor em direção à criminalidade.

Reconhecendo-se a empatia como essa capacidade de observar o outro de maneira a assimilar seus sentimentos, é importante compreender que, apesar de parecer um processo simples, sua constituição é bem mais complexa, dependendo de cuidados para que esse processo de assimilação não forme uma pseudoempatia.

Por certo, se desde a tenra idade é possível que a criança reaja empaticamente, na medida em que as relações sociais vão se tornando mais complexas, também mais complexa é a execução da conduta empática.

De fato, quando observamos uma situação, envolvendo uma pessoa e suas atitudes, temos uma natural reação de avaliarmos os fatos segundo nossas próprias concepções, sem um necessário filtro de possibilidades. Por isso, a reação para o *julgamento* da situação e da pessoa observada pode não refletir adequadamente os sentimentos e as causas que a permeiam, gerando uma *ação empática* que se pauta em elementos equivocados e, portanto, aptos a produzirem interpretações destoantes da realidade. Assim, o *julgamento imediato* - que produz conclusões precipitadas sobre o que estamos observando -, pode produzir uma *ação empática* também equivocada.

É importante que se saliente o risco da pseudoempatia para que não se tenha o processo empático como isento de interveniências, as quais,

muitas vezes, podem acarretar procedimentos equivocados (porque fundados em análises equivocadas). Em item posterior do presente estudo, serão apontadas as influências que a empatia pode contribuir para os relacionamentos interpessoais, mas sua aplicação partirá da necessidade de critérios analíticos que procurem amenizar esses problemas da prática empática realizada sob pressupostos errôneos.

A empatia, por certo, exige a predisposição de quem quer praticá-la, a ponto de rever seus próprios conceitos e preconceitos, porque se desejamos procurar nos projetar nos sentimentos dos outros, temos que estar dispostos a esse caminho (que, inclusive, pode apontar sentimentos ruins para nós, mas que para o outro não sejam vistos da mesma forma).

Ademais, a empatia não pode estar envolvida por julgamentos conclusivos do que está passando na vida do outro e de quais são as suas causas. A construção de informações é pressuposto para que aquele que quer praticar a empatia possa ter elementos que ajudem à formação de juízos a respeito dos sentimentos alheios.

Com efeito, o reconhecimento da existência de uma capacidade (de ser empático) e de que a empatia pode ser aprimorada como uma ferramenta de compreensão do outro, é uma *porta aberta* para olhares empáticos, os quais, por sua própria natureza de se importar com o outro, vai estimular a descoberta de diversas informações que possam melhorar a qualidade da análise que se está realizando. Parece certo que esta investigação deve ser repensada com critérios, merecendo estudos que vão indicar caminhos já apontados para sua execução. Muitas vezes, a gravidade da situação em que se encontra o sujeito observado, pode exigir a formação de um psicólogo ou psicoterapeuta para a execução de uma atuação empática, na medida em que os conhecimentos da área auxiliam a compreensão das causas dos problemas vivenciados, mas isso não retira de todas as pessoas (crianças, adolescentes e adultos), a capacidade de utilizar a empatia de forma eficaz para os objetivos a que se destina (buscar a compreensão do outro e a apropriação da experiência alheia para a vivência própria).

Assim, a utilização da empatia aponta pela possibilidade do aprimoramento de sua aplicação. Em outras palavras, é possível que se compreenda e se aprenda a utilizar a empatia, que pode ser desenvolvida no indivíduo, não somente se dependendo dos neurônios-espelho como uma percepção que remonta nossa natureza biológica ancestral, mas sim, aprendido e aprimorado com experiências e estudos.

Com efeito, ainda que as pesquisas apontem que o ser humano é dotado de neurônios-espelho que contribuem para o sentimento empático, é assente que a empatia pode ser trabalhada por um processo educativo que seja pautado na atenção aos elementos emocionais. A atenção dos pais para a formação de crianças empáticas é tão importante como termos escolas (no ensino formal), que tenham como preocupação a formação de pessoas não apenas por meio do conhecimento técnico-científico, mas também por questões emocionais que contribuam para a educação e formação de pessoas empáticas.

É certo, portanto. que a empatia também pode ser trabalhada na formação educativa, na medida em que se traduz numa atividade que pode ser aprendida e aprimorada. Goleman e Senge (2015), destacam a importância da neuroplasticidade para este processo. Em sendo ela (a neuroplasticidade) uma "modalidade anatômica de progresso", constituída como uma "compreensão em nível científico de que o cérebro continua a crescer e a se moldar mediante as repetidas experiências ao longo da vida [...]", verificam que, presumivelmente, ela produz efeitos no "conjunto de circuitos envolvidos na aprendizagem social e emocional" (2015). Partem, neste sentido, de estudos que apontam a capacidade mental de fortalecer esses circuitos.

Além disso, Luiz Moya Albiol (2014) aponta alguns caminhos para o aprimoramento da empatia, inclusive por meio de técnicas envolvendo meditação (uma delas denominada *mindfulness*), como também agir de forma *assertiva,* porque transforma o processo comunicativo, na medida em que a assertividade é "la capacidad de expresarnos con honestidad y respeto, pero de forma directa, diciendo exactamente lo que queremos

y necesitamos, pero sin agredir a los demás". Como a empatia envolve relacionamento para com o outro, certamente que muitos fatores podem ser indicados para o seu aprimoramento. Como está em jogo os "sentimentos" que envolvem a ação do outro, é importante educarmos crianças para reconhecer não somente o certo ou o errado, mas também qual sentimento está sendo vivido pelo outro (até mesmo perguntando o que ela sentiria se o fato estivesse acontecendo com ela e não com o outro).

Não é difícil se inferir que a ausência de empatia pode provocar pessoas que discriminam, que assediam, que não ajam altruisticamente. Não se importar com o outro pode gerar ações não somente de desrespeito moral, como também ilícitos (na medida em que *retirar do outro não tem relevância, já que o que é do outro não importa*...). Tratando do foco do presente estudo, pode-se lançar o questionamento sobre até que ponto muitos conflitos não tem sua origem na contribuição que a falta de empatia pode causar. Por certo, em que medida a ausência de empatia pode estar gerando em ambos os lados de um conflito bilateral, por exemplo, uma resistência para o diálogo ou a sua pacificação?

Analisando a vida de pessoas extremamente empáticas, por conta dos efeitos que suas vidas produzem, Roman Krznaric (2013) aponta seis hábitos que elas têm em comum:

> Hábito 1: Acione seu cérebro empático. Mudar nossas estruturas mentais para reconhecer que a empatia está no cerne da natureza humana e pode ser expandida ao longo de nossas vidas.
>
> Hábito 2: Dê o salto imaginativo. Fazer um esforço consciente para colocar-se no lugar de outras pessoas – inclusive no de nossos "inimigos" – para reconhecer sua humanidade, individualidade e perspectivas.
>
> Hábito 3: Busque aventuras, experienciais. Explorar vidas e culturas diferentes das nossas por meio de imersão direta, viagem empática e cooperação social.

> Hábito 4: Pratique a arte da conversação. Incentivar a curiosidade por estranhos e a escuta radical, e tirar nossas máscaras emocionais.
>
> Hábito 5: Viaje em sua poltrona. Transportarmo-nos para as mentes de outras pessoas com a ajuda da arte, da literatura, do cinema e das redes sociais na internet.
>
> Hábito 6: Inspire uma revolução. Gerar empatia numa escala de massa para promover mudança social e estender nossas habilidades empáticas para abraçar a natureza.

De todas as considerações expostas, é de se concluir, parcialmente, da existência da empatia como um fenômeno biológico, mas que também se reveste de uma estrutura cognitiva, caracterizando uma habilidade que pode ser aprimorada por processos educativos que auxiliarão a compreensão do *outro*, com repercussão direta no tratamento dos conflitos e das relações humanas.

EMPATIA E NATUREZA JURÍDICA(?)

O título com uma interrogação entre parênteses é proposto na medida da dúvida que se lança sobre a possibilidade de a compreensão da empatia envolver um liame com o plano jurídico, atribuindo-lhe natureza fundada no próprio Direito.

Com efeito, seria possível identificar-se uma natureza jurídica decorrente da empatia, a ponto de se atribuir a coercibilidade que o Direito detém? De algum modo seria possível afirmar que a empatia sujeitar-se-ia a um estado de *dever-ser*, indicando uma tomada de comportamento necessária, ou apenas seria uma habilidade social caracterizada como uma regra de trato social, apta a amenizar os relacionamentos, como o ato de cumprimentar ou regras de etiqueta?

Parece induvidoso que a presença a empatia para um relacionamento interpessoal, provoca nos seus interlocutores uma necessidade de se buscar uma maior compreensão da natureza humana de si mesmo e para com o outro. A exemplo, se estamos entabulando uma conversa fundada em uma preocupação empática de cada um dos interlocutores, numa via bilateral, mas praticada individualmente[3], o sujeito busca em si mesmo uma expectativa de ser tratado empaticamente pelo outro e, ao mesmo tempo, policia suas ações para que sejam influenciadas pela empatia. Logo, esperamos a empatia (na medida em que esperamos ser compreendidos) e agimos empaticamente (se temos intenção de projetar reflexões sobre o que sente o outro).

Este sentido bilateral da empatia (esperar do outro e praticar para com o outro), traduzindo dois comportamentos distintos (um, de tratamento esperado a si e outro, de tratamento dado para outrem), poder-se-ia configurar num direito (de ser respeitado empaticamente) e um dever/obrigação (de tratar empaticamente o outro)?

Parece-nos que o ponto central é determinar se há um direito de ser tratado com empatia. Se ele tem algum fundamento jurídico, desse direito decorrerá a obrigação ou o dever de respeitá-lo, decorrente da natureza bilateral do direito.

Como a empatia está intrinsecamente ligada ao modo de ser de uma pessoa, em razão da necessidade de compreensão do outro buscando entendê-lo com elementos da sua perspectiva (e não apenas do observador), isso implica considerar que a empatia parte do imperioso respeito ao modo de ser desse outro, atrelando-se a elementos que resguardem a pessoa em sua plena dignidade. Neste sentido, parece-nos coerente poder traçar a natureza jurídica do direito à compreensão empática como parte

[3] A Psicologia traz importantes discussões que envolvem distinções entre os termos "pessoa", "*self*", "indivíduo", "sujeito", que envolvem uma melhor compreensão entre concepções sociais e pessoais, se há ou não a dicotomia entre o sujeito e a sociedade e a representação pessoal de cada um (entre outros debates decorrentes dessas designações). Para uma maior compreensão dessas distinções, vide Spink (2011).

desse princípio fundante de nosso sistema jurídico nacional (*dignidade da pessoa humana* - art. 1º, inc. III, da Constituição Federal), mas que, por óbvio, se espraia e muitos outros sistemas jurídicos estrangeiros.

Como destaca Zulmar Fachin (2012, p. 207-208), a dignidade da pessoa humana representa um "valor nuclear do ordenamento jurídico brasileiro", não sendo por acaso a sua localização "no pórtico da Constituição, evidenciando-se desde logo o conteúdo axiológico que a permeia". Contudo, não se trata de um valor "criado pelo legislador nem mesmo surgiu no final do século XX", tratando-se de "um valor transcendental, o qual precede a norma legislada". Como afirma José Cretella Júnior (1990, p. 139):

> O *ser humano*, o homem, seja de qual origem for, sem discriminação de raça, sexo, religião, convicção política ou filosófica, tem direito a ser tratado pelos semelhantes como "pessoa humana", fundando-se, o atual Estado de direito, em vários atributos, entre os quais se inclui a "dignidade" do homem, repelido, assim, como aviltante e merecedor de combate qualquer tipo de comportamento que atente contra esse apanágio do homem.

Cabe acrescentar, no tratamento do direito ao tratamento empático, o "direito de ser pessoa", de que trata Dalmo de Abreu Dallari (2004, p. 37-38), pois para "que um ser humano tenha direitos e para que possa exercer esses direitos, é indispensável que seja reconhecido e tratado como pessoa". Para tanto, desfila o autor diversos aspectos que precisam ser respeitados, pois "reconhecer e tratar alguém como pessoa é respeitar sua vida, mas exige que também seja respeitada a dignidade, própria de todos os seres humanos". Por isso, nenhuma pessoa "deve ser escrava de outra; nenhum ser humano deve ser humilhado ou agredido por outro; ninguém deve ser obrigado a viver em situação de que se envergonhe perante os demais, ou que os outros considerem indigna ou imoral". O direito de ser pessoa incorpora o direito de ter um nome e de ser conhe-

cida e respeitada por esse nome; abrange o direito de não ser agredido ou ferido por outro (como direito à integridade física, que toca o direito às condições dignas de vida e de trabalho).

Destaca o autor a agressão decorrente de sofrimento psíquico ou moral imposto a uma pessoa, pois, nesses casos, "geralmente, poucos percebem que está havendo uma violência e que não se está respeitando a dignidade humana, mas os efeitos da agressão pode ser até mais graves do que aqueles provocados por uma violência física", com destaque à gravidade dessas agressões à criança, que "é uma pessoa especial, mais frágil e menos capaz de autoproteger-se, tanto por sua fraqueza física quanto por seu ainda insuficiente desenvolvimento psíquico e por não ter pleno conhecimento dos costumes dos adultos", podendo, assim, serem afetadas não somente no plano físico mas também espiritual, "que poderá durar muito tempo e até pela vida inteira" (DALLARI, 2004, p. 39).

Por derradeiro, além de mencionar abusos de autoridade, modo grosseiro e desrespeitoso de tratamento de empregadores para com seus empregados; a situação degradante de sobrevivência por posição humilhante ou de inferioridade moral, como nos casos de pessoas forçadas a viver em estado de pobreza que a exija mendigar por alimentos e outros bens essenciais à sobrevivência; a de famílias obrigadas a viverem em cortiços ou favelas pelo estado de pobreza; a de discriminação/preconceitos, que inferiorizaram ou excluem por causa de raça, cor, crenças, ideias ou condição social, finaliza o autor a ofensa ao direito de ser pessoa pelo fato de que "todas as pessoas são frequentemente tratadas como suspeitas, como desonestas, como prováveis criminosas, sem que haja qualquer motivo concreto para esse tratamento". Neste sentido, afirma Dalmo de Abreu Dallari (2004, p. 41):

> [...] Pelo grande acúmulo de pessoas nas maiores cidades, bem como pelo aumento da criminalidade de um modo geral, em decorrência dos profundos desníveis econômicos e sociais e de outros fatores de discriminação e margina-

> lização, passou-se a desconfiar de todos. Em lugar de se adotarem providências preventivas, para evitar e prevenir a possível ação de pessoas desonestas, passou-se à prática de se considerarem potencialmente desonestas todas as pessoas. Assim, todos passaram a ser tratados como "desonestos até prova em contrário. Essa prática estabelece uma situação de generalizada desconfiança e, consequentemente, de insegurança, além de configurar grave desrespeito à pessoa.

Há que se corrigir, *data venia*, à consideração do autor que esta prática de desconfiança generalizada se dá em maiores cidades. Hoje, o grau de desconfiança da honestidade pode ser exemplificado ao se entregar uma nota de dinheiro de valor mais alto para pagamento. Parece invariável o ato de se conferir sua autenticidade, o que revela o sentimento de desconfiança da honestidade de qualquer pessoa portadora de uma nota de dinheiro em valor alto, levando à conclusão que todos somos possíveis falsificadores até prova em contrário...

De qualquer modo, não "existe respeito à pessoa humana e ao direito de ser pessoa, se não for respeitada, em todos os momentos, em todos os lugares e em todas as situações, a integridade física, psíquica e moral da pessoa", não havendo qualquer justificativa "para que umas pessoas sejam mais respeitadas do que outras" (DALLARI, 2004, p. 41).

Ora, resgatando-se o papel da empatia na habilidade de se compreender o outro, respeitando-o nas suas características, é coerente dizer-se que o seu exercício (na ação empática) atrela-se ao aprimoramento da prática do respeito à dignidade humana (ou à pessoa humana), sendo não somente uma "habilidade" de tratar o outro, mas também seguir um critério jurídico de respeito, apto a se transitar no tratamento do outro sem que se conduza julgamentos precipitados e conclusivos sobre seus atos e comportamentos. Agir com empatia é abrir caminhos para diversas análises sobre o comportamento de alguém, buscando aproximar

justificativas causais das condutas alheias não somente a partir do olhar de quem está analisando, mas com um exercício (e esforço) para que se possa melhor compreender o mundo do outro a partir do olhar dele.

É importante resgatar a habilidade de respeito ao outro a partir da empatia, porque ao buscarmos as razões do outro, pelo outro, precisamos deixar de lado nossos julgamentos pessoais e abrirmos espaço para admitir a possibilidade de existência de outros raciocínios e ações, ainda que possamos não concordar com eles.

Exemplificativamente, se o fundamento do conflito, sob a minha perspectiva, é uma questão financeira, pode ser que para o outro, seja uma mágoa decorrente de um ato que nem sequer tenho ideia. Logo, pensar o conflito a partir do meu exclusivo olhar, não somente tende a dificultar a forma como será tratado este conflito como toca um nível de desrespeito sobre as possibilidades de olhar do outro. Se eu quiser impor a causa do problema dentro da minha única perspectiva, não somente desrespeito a visão do outro, como estarei dificultando o diálogo.

É certo que neste exemplo, não estamos adentrando a efeitos jurídicos que possam ser mensuráveis no que se diga de desrespeito à dignidade da pessoa humana a ponto de ser judicializar uma indenização... Contudo, parece-nos que o desrespeito à dignidade da pessoa humana não se justifica apenas sob a ótica de sanções que autorizem até mesmo uma judicialização. Respeitar a dignidade da pessoa humana transita em respeitar o *ser* dentro dos mais diversos níveis, que vão desde os mais simples atos até a própria vida.

É certo que em graus diferentes, a observação da empatia pode transitar em mera recomendação para uma convivência melhor como até para impedir atitudes de que se configurem em ilícito, objeto de reparação. Ao se respeitar a dignidade da pessoa humana, tem-se como pressuposto a compreensão empática, já que esta se traduz em ferramenta indispensável para se buscar a compreensão do outro sem falsos ou equivocados pressupostos.

De qualquer maneira, não há registros doutrinários que sustentem a utilização da empatia como parte do respeito à dignidade da pessoa humana. Esta conexão que ora se sustenta busca legitimar o discurso para que a formação na utilização da empatia se ampare não somente no discurso de relacionamentos interpessoais atrelados à Psicologia, por exemplo - certamente sem menosprezar a importância extraordinária desta área do conhecimento. Agir-se com empatia é agir-se juridicamente com respeito à dignidade da pessoa humana, em atenção ao direito de ser pessoa que o outro é detentor.

A coerência do discurso da empatia com a juridicidade de sua natureza se encaixa perfeitamente no alerta que já fazia Goffredo Telles Junior (2001, p. 381), ao ressaltar o Direito como a disciplina da convivência. Nas palavras do autor, a "sociabilidade *própria* dos seres humanos, a *convivência* norteada pelo *bem-comum* como condição do *bem individual* das pessoas, o regime da *recíproca dependência*, o sistema de *direitos e deveres* entrelaçados, tudo isso exige, como é óbvio, *regulamentação* adequada, *ordenação* congruente", exige "*disciplinação* racional". Daí que, do Direito, "depende o reino efetivo do *bem-comum* e o empenho da justiça no entrechoque dos interesses"; dela "dependem as garantias do *respeito pelo próximo*, ou seja, do respeito de cada um pelas pessoas e pelos direitos dos outros, assim como do respeito dos outros pela pessoa e pelos direitos de cada um".

Nas últimas palavras de seu livro Iniciação na Ciência do Direito, Goffredo Telles Junior (2001, p. 383-384) provoca "algum cético, algum espírito desencantado com a moral da vida" sobre qual fundamento ou que razões assegurariam "a validade autêntica de uma qualquer ordenação positiva, de um sistema legislativo". Apontando o princípio "mais alto", "a máxima *anterior* à singela norma do *respeito pelo próximo*", o autor lembra das passagens bíblicas que expressam o mandamento "Ama teu próximo como a ti mesmo", proferida por Jesus, destacando que, apesar de não se tratar de uma afirmação "não jurídica", "ela ma-

nifesta uma condição preciosa de entendimento e harmonia", contendo "uma inicial inspiração, a recomendação basilar, da qual a inteligência infere – de conjuntura em conjuntura, de degrau em degrau – e todas as interpretações das disposições jurídicas". Trata-se de base para a construção de "edifícios normativos" por "legisladores sinceros" e faz parte da "subconsciência que os juristas manejam a sua CHAVE, ao empregar a *lógica do razoável*, na interpretação das leis".

De todas estas considerações, conclui que "o *amor pelo próximo* é princípio subliminar da ordem", constituindo "o sentimento primeiríssimo, o primeiríssimo elã da alma, dos que são levados a conviver numa comunidade", estando presente mesmo quando "obumbrado, não bem percebido ou expresso", por constituir o "cimento subjacente da união dos seres na sociedade", como "elo tácito da comunhão humana" (TELLES JUNIOR, 2001, p. 384).

Realmente, há um "maior ético" por detrás da construção jurídica que estrutura as regras de convivência e as palavras de inspiração indicadas pelo autor trazem uma coerência importante para com o objetivo maior do Direito. Contudo, é importante trazermos as palavras de Jesus ("Amar ao próximo como a ti mesmo") sob o prisma da empatia, de maneira que quando amamos ao próximo como a nós mesmos, temos que harmonizar com a perspectiva que nós queremos ser amados como nós gostaríamos, e não como os outros gostariam. Logo, quando amamos ao próximo, devemos pensar como eles gostariam de ser amados (sob a perspectiva deles) e não sobre a nossa perspectiva, porque não gostaríamos de ser amados sob a perspectiva do outro.

De tudo, resta concluir, também parcialmente, que elevar a habilidade empática como um comando decorrente do respeito à dignidade da pessoa humana, é trazer ao Direito a contribuição do que as Ciências Naturais e Humanas já têm analisado, agregando-se valor humanista para a interpretação do Direito e o respeito efetivo à pessoa.

A ADMINISTRAÇÃO DOS CONFLITOS ENDO E EXTRAPROCESSUAIS

O estudo da administração de conflitos perpassa pela compreensão de suas diversas dimensões, abrangendo um amplo espectro de situações, sobre as quais diversos sujeitos serão envolvidos. Se o conflito surge no relacionamento entre pessoas, seus efeitos vão atingindo pessoas diversas, na medida em que envolvem mecanismos de pacificação, enquadrados aqui a presença de advogados, do próprio Poder Judiciário (por meio de seus juízes e os seus auxiliares), do Ministério Público, Defensores Públicos e terceiros.

Com efeito, o conflito, em sentido amplo, "representa desentendimento, oposição de interesses, sentimentos e ideias; no limite, retrata também briga, confusão e desordem, a demonstrar que tensões variadas são inerentes à sua expressão". Muitos fatores podem causar controvérsias, como "limitação de recursos, a experimentação de mudanças, a resistência em aceitar posições alheias, a existência de interesses contrapostos, o desrespeito à diversidade e a insatisfação pessoal", envolvendo, portanto, "aspectos existenciais, psicológicos, filosóficos e/ou jurídicos" (GABBAY; FALECK; TARTUCE, 2013).

De fato, a diversidade de causas para os conflitos decorre da amplitude de possibilidades para que interesses distintos se contraponham, chocando-se e se encaminhando para direções opostas de maneira a gerar níveis de desconforto. Eunice Maria Nascimento e Kassem Mohamed El Sayed (2002, p. 48) apontam nove níveis de conflitos, a saber:

- Nível 1 - Discussão: é o estágio inicial do conflito; caracteriza-se normalmente por ser racional, aberta e objetiva;
- Nível 2 - Debate: neste estágio, as pessoas fazem generalizações e buscam demonstrar alguns padrões de comportamento. O grau de objetividade existente no nível 1 começa a diminuir;

- Nível 3 - Façanhas: as partes envolvidas no conflito começam a mostrar grande falta de confiança no caminho ou alternativa escolhidos pela outra parte envolvida;
- Nível 4 - Imagens fixas: são estabelecidas imagens preconcebidas com relação à outra parte, fruto de experiências anteriores ou de preconceitos que trazemos, fazendo com que as pessoas assumam posições fixas e rígidas;
- Nível 5 - *Loss of face* ("ficar com a cara no chão"): trata-se da postura de "continuo neste conflito custe o que custar e lutarei até o fim, o que acaba por gerar dificuldades para que uma das partes envolvidas se retire;
- Nível 6 - Estratégias: neste nível começam a surgir ameaças e as punições ficam mais evidentes. O processo de comunicação, uma das peças fundamentais para a solução de conflitos, fica cada vez mais restrito;
- Nível 7 - Falta de humanidade: no nível anterior evidenciam-se as ameaças e punições. Neste, aparecem com muita frequência os primeiros comportamentos destrutivos e as pessoas passam a se sentir cada vez mais desprovidas de sentimentos;
- Nível 8 - Ataque de nervos: nesta fase, a necessidade de se autopreservar e se proteger passa a ser a única preocupação. A principal motivação é a preparação para atacar e ser atacado;
- Nível 9 - Ataques generalizados: neste nível chega-se às vias de fato e não há outra alternativa a não ser a retirada de um dos dois lados envolvidos ou a derrota de um deles.

É fácil perceber, a partir dos níveis indicados, que o grau de dificuldade para a administração de um conflito seguirá os respectivos níveis, exigindo, de quem for lidar com o conflito, a percepção de que a resistência ao diálogo será inerente. Na perspectiva da empatia, também é possível constatar que sua eficácia (ou aplicação), vai perdendo força na medida em que a escala aumenta. Contudo, na proposta do presente estudo, é

importante que aquele que for gerenciar o conflito, tenha em mente a ferramenta da empatia para que possa ser usada na perspectiva de melhor empregar as técnicas para a abordagem dos conflitos e sua solução.

Na verdade, sob a perspectiva do conflito, já é importante perceber que na sua base pode estar a ausência da empatia. Como aponta Mireille Bourret (2011), ao justificar as razões de ser empático, a empatia está na base da amabilidade e no que chamamos de "humanidade", com importância para auxiliar no desenvolvimento da compreensão social. Além disso, ressalta que todos nós temos a necessidade da empatia, na medida em que

> Necesitamos sentirnos comprendidos y aceptados en nuestras alegrías y en nuestras penas, en nuestros actos, en nuestras palabras y en nuestros pensamientos, en nuestras elecciones y en nuestras decisiones. Tenemos necesidad de ser aceptados. Y una explicación de esta necesidad la constituye el carácter absolutamente imprescindible de la vida social para el ser humano, que es algo que se remonta a la prehistoria, en que la importancia del se medía únicamente en función de su participación en las actividades del grupo. Era y sigue siendo cuestión de vida o muerte.

Neste ponto, diante da necessidade e inevitabilidade dos relacionamentos interpessoais, é possível constar que as pessoas podem agir ou não com o sentimento empático, mas essa postura nem sempre é consciente para com as características e os efeitos que elas podem produzir. A identificação de critérios para a ação empática auxilia a compreensão análise desse procedimento, que se espraia por diversos planos.

Para a prática da empatia, Meirelle Bourret (2011) alerta ser uma aptidão de todos e não algo que possa ser uma faculdade exclusiva de um pequeno grupo de privilegiados, porque não depende apenas do sistema de neurônios-espelho, mas também graças a um processo intelectual que envolvem a memória, o reconhecimento, as deduções e as previsões.

Com isso, propõe-se a reflexão de como a empatia pode interferir os momentos para a administração dos conflitos, buscando contribuir-se com a perspectiva de quem precisará lidar com o embate de interesses, nos seus mais diversos níveis.

Note-se, por exemplo, que se adotados os "passos" e saberes sistematizados por Eunice Maria Nascimento e Kassem Mohamed El Sayed (2008, p. 54), pode-se inferir as possibilidades da empatia em cada um deles. Assim, falam, os autores, nas seguintes ações:

a) criar uma atmosfera afetiva;

b) esclarecer as percepções;

c) focalizar em necessidades individuais e compartilhadas;

d) construir um poder positivo e compartilhado;

e) olhar para o futuro e, em seguida, aprender com o passado;

f) gerar opções de ganhos mútuos;

g) desenvolver passos para a ação a ser efetivada;

h) estabelecer acordos de benefícios mútuos.

Por certo, a empatia pode ser uma ferramenta mais colaborativa em alguns pontos, como no caso de se criar uma *atmosfera afetiva,* na medida em que se buscam elementos nos sentimentos de afetividade dos envolvidos no conflito, de maneira a aproximá-los a um ponto em comum. Não seria possível se falar em *atmosfera afetiva* sem uma adequada compreensão dos elementos de afetividade de cada um dos envolvidos. O *esclarecimento das percepções* depende do auxílio para a autodescoberta, bem como de que maneira pode estar pensando o outro. Muitas vezes, a pessoa envolvida no conflito não tem claras as percepções sobre seu próprio problema. O despertar sobre as possíveis causas (não somente externas como principalmente as internas), podem decorrer de uma investigação que o olhar empático é apto a produzir, ainda que incom-

pleto (mas preenchidos pelas percepções que vão sendo resgatadas). Do mesmo modo, a busca das *necessidades individuais e compartilhadas* são parte essencial para que se compreendam os sentimentos dos envolvidos, ampliando interpretações sobre os sentimentos vivenciados individualmente bem como detectando aqueles que podem ser compartilhados em prol de uma solução que melhor atenda as partes envolvidas (atingindo a perspectiva dos *acordos com benefícios mútuos*).

É claro que a administração dos conflitos para se chegar à sua solução, compreende um grande números de ações e possibilidades, de maneira que o espaço do presente estudo busca pincelar alguns fundamentos e mecanismos para, a partir deles, lançar argumentos sobre a aplicação da empatia, de maneira a valorizar a presença dela (empatia) para o aprimoramento de quaisquer que sejam os recursos e ações.

Nesta linha mais genérica, pensa-se na aplicação da empatia em quaisquer meios de solução de conflitos, sejam eles antes do processo judicial ou fora dele (aqui considerados os conflitos extraprocessuais), bem como aqueles que são parte decorrentes da existência de um processo judicial.

Conflitos endo e extraprocessuais e a intervenção dos interlocutores

Analisando-se o processo judicial em suas relações internas (endo), é de se indagar quais conflitos podem ser verificados e como se desenvolve a empatia diante das relações conflitantes. Porém, pensar-se na empatia apenas das relações internas do processo é meio caminho das potencialidades que a empatia pode provocar. Assim, na construção de sugestões sobre a intervenção da empatia, lança-se um olhar sobre as relações processuais e as relações externas que, de alguma forma, tocam a experiência processual.

Tratando-se de um processo de jurisdição contenciosa, pela própria litigiosidade que ensejou o conflito, constata-se que aquele de maior destaque envolve o mérito, ligando as partes por uma lide que faz um resistir

à pretensão do outro. Mas há também outros conflitos que poderão surgir no decorrer das relações interpessoais entre os demais sujeitos do processo, ainda que não sejam estes conflitos objeto de destaque, já que o conflito principal (das partes), assume proporções que monopoliza o debate.

No que toca o conflito principal (envolvendo o mérito), é certo que a empatia poderia ser aplicada pelos próprios envolvidos – na compreensão de si e do que pode estar passando pelos sentimentos do outro, fato que, de regra, não acontece sem a intervenção de terceiros. Muitas vezes, a judicialização do conflito indica o seu grau (provavelmente de nível 7 para cima), a ponto de se verificar uma extrema dificuldade para raciocínios empáticos.

O processo de empatia pode surgir por intermédio de terceiros que possam produzir um discurso que seja admitido pela parte em conflito. Pode ser uma intervenção de parentes, pode ser pela intervenção dos advogados, pode ocorrer por intervenção do Juiz ou do representante do Ministério Público. Numa via de várias mãos, estes "terceiros" (que não as partes), podem se servir da empatia como ferramenta para melhor compreenderem o que pode estar acontecendo com as partes e, a partir desta compreensão, traçar estratégias para que a abordagem do assunto aponte indicativos sobre os sentimentos envolvidos, ajudando-os ao próprio esclarecimento.

Sem dúvida, mesmo num aspecto anterior à judicialização, a empatia deve servir de instrumento para que o advogado possa construir sua percepção do conflito que envolve seu cliente. É comum se incidir na falha de o olhar do advogado se atentar ao discurso do cliente sob prisma "egoísta" do próprio advogado. Quando ele (o advogado) acredita que já tem experiências sobre as causas e não se prepara para ouvir empaticamente (o que exigiria manter atenção livre de pré-julgamentos e preconceitos), pode cometer equívocos interpretativos que causam ruído no seu diálogo para com o cliente. Nem sempre a solução vista pelo advogado é compatível com a solução pensada pelo cliente, e a ausência

de uma harmonização das perspectivas desses olhares pode ensejar este conflito com o próprio advogado.

A empatia a ser praticada pelo advogado não é algo que se descarta após a compreensão do conflito. É por meio dela (empatia) que o advogado pode aprimorar seu relacionamento para com o cliente, demonstrando efetivamente a compreensão do problema e dos pontos de vista que lhe são apresentados, ainda que com eles não concorde. Ademais, no tratamento da causa, haverá inúmeros momentos de relacionamentos entre cliente e advogado (acompanhamento da causa, audiências, recursos), por meios dos quais a empatia poderá, da mesma forma, direcionar explicações ou facilitar a compreensão dos discursos. Não é por menos que, por meio da empatia, é mais fácil compreender o cliente que faz pesquisas de seu processo por conta própria e cobra de seu advogado explicações. Através da empatia é possível entender-se as angústias de quem não é um demandante contumaz e tem, na experiência do processo judicial, uma vivência que lhe traz grande sofrimento. O papel empático do advogado é fundamental para que a parte seja acolhida dentro das suas perspectivas de vida (lembrando que o processo de empatia parte da aceitação do olhar e do sentimento do outro), cabendo ao advogado utilizar da construção de um diálogo que contribua para a compreensão dos motivos do problema em apreço, muitas vezes auxiliando na tomada de decisões que possam até seguir caminhos diversos da judicialização (como acordos ou mudanças de comportamento das partes – que substitui uma visão combativa por uma visão somativa, por exemplo).

Ainda sob a perspectiva do advogado, é importante que se utilize a empatia para com os demais sujeitos do processo. Muito provavelmente o advogado assim age inconscientemente, quando prepara suas manifestações, procurando fazer uma prospecção de como a outra parte poderá reagir ou de como o juiz receberá seus arrazoados. A ausência do exercício empático, quando da elaboração de uma petição, pode levar o advogado a querer projetar o juiz em seus pensamentos, quando, na prática da empatia, deveria estar pensando como o juiz reagiria a partir do ponto de

vista do próprio juiz. Daí acontecer de se encontrar petições longuíssimas, que se estendem além do razoável (para repetir informações ou representar um comportamento prolixo) sem se ater à objetividade que o juiz espera, sem considerar o acúmulo de serviços do Poder Judiciário, sem considerar que a causa não é a única. O advogado que age com técnicas de objetividade, em tempos atuais, atende empaticamente às prováveis expectativas do juiz, assegurando melhor apreciação judicial por conta da compreensão das situações vividas não somente por ele (advogado), diante das angústias de seu cliente, mas também pensando no que se passa a partir da perspectiva de olhar do próprio Judiciário.

Sob a perspectiva do juiz, parece-nos fundamental o aprimoramento da empatia, a fim de que projete suas análises dentro da perspectiva de que há pessoas em relações de conflitos e sentimentos, as quais dependem de direcionamentos não obtidos, ainda que inicialmente, por sua capacidade própria. No plano da relação entre juiz e partes, é importante considerar que a empatia promove uma aproximação do julgador para com os seres humanos que estão colocando parte de sua vida em uma disputa, com suas angústias e aflições.

É importante lembrar que a empatia tem respaldo num movimento humanista, o que exige a recuperação da consideração da existência de pessoas e não números ou coisas. A coisificação das partes, num processo judicial, quebra o papel social/educativo que o processo pode viabilizar, na (re)construção de condutas e ações das partes envolvidas. Já dizia Candido Rangel Dinamarco sobre o papel educativo do processo, dentro do escopo social que deve permear a atividade jurisdicional por meio da estrutural processual, como forma de fazer do processo algo confiável para que a população traga seus conflitos para serem "remediados em juízo" (2013, p. 193). Porém, como construir um processo dentro desta perspectiva, se a parte vem a juízo e não é tratada como ser humano, não passando de um número (na análise impessoal de sua condição)?

Em nome da imparcialidade e impessoalidade, não se pode justificar o afastamento entre as partes e o juiz. Pensar sobre os sentimentos das

partes é reconhecer a humanidade que há nelas e, com isso, exige-se da apreciação jurisdicional uma preocupação para com os efeitos do processo na vida de cada um. Isso implica em se preocupar com o tempo e a qualidade da prestação jurisdicional, já que se pensar em "como o processo vai afetar a vida da parte *fulano de tal*" tem traços empáticos importantes.

Interessante observar que a intenção dos conciliadores e dos mediadores também deve ser pautada na atenção à empatia, que se constitui em ferramenta essencial para as investigações necessárias dos sentimentos que envolvem cada parte, do seu ponto de vista. Note-se que o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n. 125/2010, apresentou um Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais por meio do Anexo III da citada Resolução, com redação dada pela Emenda n. 1, de 31.01.2013 (BRASIL, 2013), e dele se depreendem princípio e procedimento que podem se servir da empatia para sua aplicação.

Dos princípios enumerados no art. 1º do referido Código de Ética, destaca-se a validação (inc. VIII) como o "dever de estimular os interessados perceberem-se reciprocamente como serem humanos merecedores de atenção e respeito". Certamente que este procedimento se pauta na necessidade de atender à identidade de cada um dos envolvidos e o respeito ao que são, dentro de suas características pessoais e de humanidade (portanto, com o reconhecimento de pontos de vistas diferentes, decorrentes de culturas diferentes, de formas de ver a vida diferentes), o que não impede de serem auxiliados a compreender o outro, dentro da mesma reciprocidade.

No que se refere aos procedimentos, a autonomia da vontade (art. 2o, inc. II), prevê o "dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo e de interrompê-lo a qualquer momento", o que, indubitavelmente, não pode ser realizado adequadamente se não se tem na empatia a habilidade para se compreender os diferentes pontos de vista. O conciliador ou o mediador que não realizar um esforço empático

para compreender os pontos de vistas das partes, deixa de cumprir um elemento essencial de sua função.

O dever de urbanidade, que transita por diversos códigos de ética profissionais, também pode ser aqui lembrado como um princípio norteador que deve ser influenciado pela empatia.

De fato, ainda que a Lei Orgânica da Magistratura já tenha previsto o dever de urbanidade em seu art. 35, inc. IV, o Código de Processo Civil de 2015 veio contemplar expressamente o dever para o juiz, seja no tratamento das "partes, advogados, membros do Ministério Público e qualquer pessoa que participe do processo", dever este reiterado no § 2º do art. 459, para o tratamento urbano das testemunhas, proibindo ao juiz a realização de "perguntas ou considerações impertinentes, capciosas ou vexatórias". Aos membros do Ministério Público o dever de urbanidade está registrado no art. 43, inc. IX da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8625/93), repetida também no inc. VIII do art. 236, da Lei Complementar n. 75/93 e para a advocacia, o dever de urbanidade aparece no novo Código de Ética (Resolução n. 02/2015) direcionado à advocacia pública (art. 8º, § 2º) e no geral pelo art. 27 ("O advogado observará, nas suas relações com os colegas de profissão, agentes políticos, autoridades, servidores públicos e terceiros em geral, o dever de urbanidade, tratando a todos com respeito e consideração, ao mesmo tempo em que preservará seus direitos e prerrogativas, devendo exigir igual tratamento de todos com quem se relacione.").

Ora, mais do que não ofender ou deixar de causar discórdia, a urbanidade orienta comportamento respeitoso, que deve ser respaldado em ações que devem considerar a empatia como instrumento para se compreender o outro. Muitas vezes, comportamentos que podem parecer ofensivos a ponto de desregular a urbanidade necessária, nada mais são do que formas de reagir aos atos da vida que podem não ser compatíveis com as atitudes de quem as observa, mas por conta de elementos ou valores que levaram a pessoa a agir de uma determinada forma. Pessoas que alteram a voz, podem estar pautadas na forma como conduzem suas vidas, sem que isso, no cotidiano delas, possa constituir um ato ofensivo.

Deixar de olhar nos olhos, numa determinada conversa, pode fazer parte da vida introspectiva de um sujeito e não representar intencionalmente um descaso para com o interlocutor. A urbanidade deve ser pautada em elementos de tolerância e paciência, e a empatia é essencial para o aprimoramento destas duas capacidades.

Assim, a empatia pode ser uma importante ferramenta para nortear de conduta de todos os envolvidos no processo, seja para as relações internas (realizadas junto aos atos processuais), como nas relações externas ao processo.

Dada a importância que a empatia tem para os relacionamentos interpessoais, deveria ser objeto de estudo para a formação não somente do profissional do Direito, mas desde os bancos universitários, como instrução para o tratamento dos conflitos. Conhecer suas características e potencialidades, somados a outros temas como a assertividade e o feedback, poderá conduzir à formação de profissionais mais humanizados, instruídos para lidar com seus problemas pessoais e dos outros, não somente pela perspectiva da lei e da interpretação do Direito, mas também por ações que aproximem o operador do Direito da experiência humana, vivida por pessoas e não por modelos em exemplos abstratos. Talvez, a empatia possa fazer parte da formação do(a) acadêmico(a) como deveria fazer o estudo da ética. Não deveria compor uma disciplina, mas sim transitar por todo o desenvolvimento do Curso de Direito. Aprender a lidar com os conflitos humanos não somente a partir da lei é habilidade essencial para o profissional do futuro, que deve ter a capacidade de utilizar todas as formas de saberes para conduzir as pessoas e a sociedade a um caminho de convivência mais harmonioso.

CONCLUSÕES

A empatia, como habilidade para a compreensão do outro, tem raízes biológicas, mas também pode ser trabalhada e aprimorada, por meio de processos educativos. O processo de se colocar no lugar do outro produz

condições para que melhor se compreenda as razões que fundamentam as atitudes praticadas, apresentando outros pontos de vista que podem inclusive divergir de quem está praticando a observação empática.

Praticar a ação empática é uma atitude necessária para quem está em relacionamentos interpessoais, porque amplia a forma como se analisam as posturas alheias. Conhecer a diversidade humana promove no observador empático uma maior gama de respostas para o que está observando, exigindo, inclusive, que se afaste de suas crenças e preconceitos. Afastar-se de valores pessoais é um procedimento que dificulta a prática da empatia, porque procedemos no julgamento das pessoas segundo os elementos que formaram nossa estrutura cognitiva. Contudo, sem este esforço empático, a compreensão do outro e o tratamento do diálogo acarretam prejuízos para todo processo de harmonização de interesses ou superação de conflitos

De fato, se já existe um conflito e se exige a intervenção de um terceiro, a habilidade decorrente de uma formação empática desse terceiro viabilizará uma melhor atuação sua, na medida em que, com tolerância, paciência e espírito investigativo, poderá coletar elementos que se traduzam em facilitadores para a compreensão dos atos das partes envolvidas, podendo criar mecanismos de abordagem mais próximos das realidades vivenciadas.

Daí o cuidado para que não se realize a pseudoempatia, porque o risco de se projetar conclusões equivocadas, a partir de impressões também equivocadas, podem gerar um efeito inevitavelmente prejudicial. O observador empático tem que manter em pauta o esforço para se afastar de suas próprias crenças e buscar um número amplo de possibilidades que podem, inclusive, serem diferentes da sua própria experiência pessoal. Não há garantia para que se obtenha a mais pura realidade vivenciada pela pessoa observada, porque, muitas vezes, podem faltar dados para tanto. Contudo, o esforço empático auxilia contra os prejulgamentos e contra as decisões definitivas sobre quem está sendo observado e essa característica já abre um espaço para o reconhecimento da diversidade humana.

Podemos afirmar que a empatia atende ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que assegura a pessoa o direito de ser ela mesma, dentro de suas perspectivas e realidades. Esse reconhecimento não significa admitir-se qualquer pensamento ou qualquer atitude, mas parte do respeito ao direito da pessoa *ser*, ainda que se façam necessárias algumas ações de limitação, quando o *ser* de alguém possa afetar o *ser* do outro. A dignidade da pessoa humana afeta a vida, em sua individualidade, mas também se projeta nas relações interpessoais e coletivas e a aplicação da empatia, no tratamento interpretativo dessas nuances, é elemento que se justifica como necessário, pois não há que se falar em dignidade da pessoa humana sem o seu reconhecimento com total. Logo, o direito de ser tratado empaticamente está assegurado pelo princípio que assegura o direito de tratamento digno.

Por fim, a empatia pode ser plenamente utilizada pelos sujeitos da relação jurídico-processual, nas relações entre si e diante dos atos processuais como nas relações que ocorrem fora do processo judicial. Agir-se com empatia pode aprimorar a qualidade profissionais daqueles que atuam no processo (advogados, defensores, membros do Ministério Públicos, juízes, auxiliares da Justiça, incluindo em especial os conciliadores e mediadores), em suas mais variadas formas, sempre se pautando na condição humanista da qual o processo judicial não pode se afastar, sob pena de se perder em regras e procedimentos, em prejuízo das relações de convivência e dos meios de sua harmonização. Espera-se que cada leitor seja provocado a pensar empaticamente seus relacionamentos, pessoais e profissionais, a fim de que olhem para seu entorno e para as relações interpessoais não como um processo mecânico de resultados, mas como um palco de muitos sentimentos, algumas vezes claros e outras vezes obscuros, mas que podem estar acontecendo na vida do(a) outro(a) e que são aptos a servir de elementos fundamentais para que o diálogo se aprimore e conduza a resultados coerentes com a vida em harmonia (ou, pelo menos, uma vida mais compreensiva).

REFERÊNCIAS

ABIOL, Luis Moya. **La empatía**: entenderla para entender a los demás. Barcelona: Plataforma Editorial. 2014.

AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabries Editor, 1989.

BAUTISTA J, Navarro JR. Neuronas espejo y el aprendizaje en anestesia. **Rev Fac Med**, v. 59, n. 4, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/rfmun/v59n4/v59n4a06.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BERMEJO, José Carlos. **Empatía Terapéutica:** la compasión del sanador herido. Bilbao: Editorial Desclée de Brouwer, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125 de 29/11/2010 com Emenda n. 1,** de 31 de janeiro de 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 12 ago. 2017.

BAUTISTA, John; NAVARRO, José R. Neuronas espejo y el aprendizaje en anestesia. In: **Revista de la Facultad de Medicina.** Volumen 59, Número 4, p. 339-351, 2011. Colombia. ISSN electrónico 2357-3848. ISSN impreso 0120-0011.

BOURRET, Mireille. **El poder de la empatía.** Una solución para los problemas de relación. Traducción Beatriz Muñoz Estrada-Aurin. Espanha: Sal Terra, 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988.** Art. 1º a 5º, I a LXVII. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. 1, 1990.

DALLARI, Dalmo de Abreu. 2. ed. **Direitos Humanos e Cidadania.** São Paulo: Moderna, 2004.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Rio der Janeiro: Forense, 2012.

GABBAY, Dabiela Monteiro; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

GOLEMAN, Daniel. **Inteligência emocional**. Tradução Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

GOLEMAN, Daniel; SENGE, Peter. **O foco triplo**: uma nova abordagem para a educação. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

KRZNARIC, Roman. **O poder da empatia**: a arte de se colocar no lugar do outro para transformar o mundo. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2013.

NASCIMENTO, Eunice M.; SAYED, Kassem M. El. Administração de conflitos. *In*: MENDES, Judas Tadeu Grassi (Org.). **Capital Humano/FAE Bussiness School.** Curitiba: Associação Franciscana de Ensino Senhor Bom Jesus, 2002. Disponível em: <http://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/Administracao/Gestao_do_Capital_Humano_FEA.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2017.

ROGERS, Carl R. **Tornar-se pessoa**. Tradução: Manuel José do Carmo Ferreira e Alvamar Lamparelli. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

SPINK, Mary Jane P. Pessoa, Pessoa, indivíduo e sujeito: notas sobre efeitos discursivos de opções conceituais. In: SPINK, MJP., FIGUEIREDO, P., and BRASILINO, J., orgs. **Psicologia social e pessoalidade [online]**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais; ABRAPSO, 2011, pp. 1-22. ISBN: 978-85-7982-057-1. Available from SciELO Books. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/xg9wp/pdf/spink-9788579820571-03.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2017.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

NEGOCIANDO ESTRATEGICAMENTE EM LITÍGIOS CÍVEIS

Eduardo Scarparo[1]

INTRODUÇÃO

O Direito Processual Civil foi cunhado na contramão de técnicas hoje reconhecidamente válidas para desenvolver negociações eficazes. Fato é que a tradição da disciplina processual se centrou na lide focada na perspectiva do julgador. Entre outras consequências, isso significou a formação de uma cultura de resolução de litígios sob a perspectiva da força de uma tutela jurisdicional por heterocomposição.

Veja-se, por exemplo, a vedação do exame processual às motivações das partes para o litígio. Trata-se de aspecto de notável importância para viabilizar objetivamente o desenvolvimento do processo quando se busca uma decisão a ser proferida pelo juiz. Essa vedação viabiliza o exercício da jurisdição a partir de critérios objetivos e, portanto, estrutura democraticamente limites à atuação do Estado, preservando intimidades e liberdades. É por isso, garantia fundamental para o bom desenvolvimento judicial de litígios cíveis. Contudo, esse enfoque apresenta-se muitas pouco eficiente quando a decisão cabe às partes

[1] Doutor em Direito Processual Civil. Professor Adjunto na UFRGS. Advogado em Porto Alegre (RS).

– um acordo –, a partir da avaliação da conveniência e do valor de uma solução a um dado conflito.

O direito processual é ensinado nos bancos universitários e na vida forense, a partir do direcionamento de seus institutos, práticas e conhecimentos voltadas a uma decisão imperativa do juiz. Há, a partir disso, a promoção de uma cultura tendente à submissão de uma parte à outra, geralmente a partir do reforçado ensinamento de concentrar os esforços dos litigantes ao alcance de uma decisão heterônoma que sustentar-se-á na força de uma sentença favorável, formando um título executivo para posterior execução forçada.

As indicações dos pedidos na petição inicial, a estabilização da demanda, o momento de apresentação e avaliação da prova como um dos critérios de um resultado justo, afora a relação beligerante e desconfiada que se forma a partir da cultura de litígios, entre outros tantos aspectos, são fatores que não podem ser ignorados como formadores de um modo de pensar os litígios cíveis. Igualmente, os momentos reservados para composição, os textos, as comunicações, o perfil dos intermediadores, a imprevisibilidade das soluções judiciárias... tudo contribui para a reafirmação cotidiana da ideia de que acordar é perder ao menos uma parte do que se poderia ter na sentença.

> Atualmente, em que pese constar no art. 2º, VI, do Código de Ética e Disciplina da OAB o dever do advogado de 'estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios', a maioria dos estudantes de direito passa os anos de faculdade sem dar importância para tal dispositivo". (...) Como resultado dessa cultura combativa, os profissionais do direito frequentemente atuam como guerreiros, encarando o processo como verdadeiro campo de batalha. Consequentemente, em vez de apaziguarem os ânimos das partes, contribuem para

> agravar as tensões pré-existentes, formando um círculo vicioso de conflito[2].

Não surpreende porque se tem uma cultura de que a forma excelente de negociar é com a adoção de um perfil altamente combativo. A esse modelo competitivo de negociação[3], se enquadra a estratégia de estabelecer uma posição inicial exagerada, mantendo-se a ela teimosamente, iludindo-se o adversário a respeito das reais motivações e pontos de vista e fazendo-se pequenas concessões na medida do estritamente necessário para continuidade da negociação[4].

O resultado é que aquele que for mais rígido em sua margem de negociação ou levará a contraparte ao extremo limite de um mau acordo ou, mais frequentemente, ao insucesso da tentativa de composição. Em algumas vezes esse modo de agir é, realmente, o que gera melhores resultados a uma das partes em uma negociação, sendo acertada sua eleição estratégica. Isso ocorre em alguns litígios cíveis já instituídos em que não há qualquer interesse em investir na relação entre as partes. Também pode ter lugar quando a assimetria de forças entre as partes coloca a mais forte com poder de impor condições muitas vezes iníquas. A baliza é a submissão à força, o ganho para um lado e a perda para o outro.

Porém, mesmo em litígios desse tipo, essa tática pode ser desastrosa ou largamente ineficiente. Em inúmeras oportunidades, inclusive em

---

[2] MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 67-89, 2017v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 67-89, 2017.

[3] "O método competitivo, caracteriza-se quando um dos interlocutores objetiva maximizar vitórias sobre o outro. É o chamado ganha-perde, no qual o resultado substantivo, objetivo, tem valor preponderante, em detrimento do resultado subjetivo representado pela criação de um bom relacionamento entre os envolvidos". MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Ministério Público e os métodos autocompositivos. In: ibid., v. 9., p. 253-273, p. 261.

[4] FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 31.

demandas cíveis em curso, essa postura diminui consideravelmente as chances de uma composição mutuamente benéfica. Sem contar que o modelo competitivo é bastante pródigo em perder oportunidades de composições mais vantajosas, deixando-se valor na mesa de negociação.

Há mais de um modo de negociar. As práticas jurídicas podem ser favorecidas em um dado campo de negociação a partir do conhecimento e aplicação de alguns elementos e pelo estímulo de técnicas de negociação com viés colaborativo [5], ainda que dificilmente percam completamente projeções competitivas. Nessa linha colaborativa ou integrativa, os esforços se centram em isolar as relações particulares do objeto da deliberação, expor as questões a serem decididas conjuntamente, criar valor na negociação com o desfoque do pedido e exame dos interesses particulares e reforçar a confiança na relação entre as partes para a negociação, inclusive por meio da apresentação de critérios objetivos de justificação das opções de desfecho.

Espera-se que ao final desse ensaio os olhares daqueles que se propõem a conduzir uma negociação em face de um litígio cível – em sua grande parte advogados – tenham novos instrumentos, técnicas e percepções que auxiliem a obtenção de uma maior taxa de êxito em negociações, bem como ao alcance de acordos mais favoráveis e exequíveis, seja pela implementação de critérios objetivos e analíticos para condução de negociações distributivas, seja pela incorporação de técnicas de incremento do valor global da negociação por via da integração.

---

[5] "Já a postura colaborativa tem como preocupação do negociador atender aos interesses de ambos, de modo a que seja obtido um resultado substantivo (objetivo), mas, na mesma medida, aprimorado o relacionamento. É o chamado ganha-ganha, que tem na distinção entre posição e interesse a chave para consecução do consenso". MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Ministério Público e os métodos autocompositivos. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 253-273, 2017, p. 261.

JUSTIÇA MULTIPORTAS E NEGOCIAÇÃO

O CPC/2015 estabelece como regra geral a obrigatoriedade de uma audiência preliminar para tentativa de autocomposição (CPC/2015. Art. 334)[6], regulamentando a atividades de conciliação e mediação (CPC/2015. Art. 165 a Art. 175). Afora isso, intercede ativamente em prol da instituição de arbitragem (CPC/2015. Art. 3º, §1º), "deixando clara a intenção do legislador de fomentar a utilização de variados métodos de resolução de controvérsias"[7], como resta bastante evidente da disposição do art. 359 do CPC/2015[8], entre outras.

A compreensão subjacente a esse enquadramento da legislação processual vigente envolve os chamados ADR's ou *Alternative* ou *Adequate*[9] *Dispute Resolution*, que se posicionam, ao lado de outras propostas, na referida terceira onda de aprimoramentos de acesso à justiça que se concentra no

---

[6] Em uma postura bastante crítica às disposições do CPC/2015 referente à audiência de conciliação ou mediação obrigatória: "Diante disso, conclui-se que o CPC/2015: a) não privilegia a vontade das partes; b) obriga a mediação/conciliação quando uma das partes insistir; c) possibilita manobras protelatórias; d) aumenta o custo do processo, pois além das despesas do mediador/conciliador, obriga o demandado que reside em outra localidade a se deslocar para a audiência; e) prevê que o não comparecimento injustificado ao ato será considerado ato atentatório à dignidade da justiça". CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A conciliação e a mediação no CPC/2015. In: FILHO, Antônio Carvalho; JUNIOR, Herval Sampaio. **Os juízes e o Novo CPC**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 151-165, 2017, p. 161.

[7] Ibid., p. 157.

[8] CPC/2015. Art. 359. Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem.

[9] Reside aqui uma celeuma terminológica entre valer-se das expressões métodos "alternativos" ou "adequados". Quando se vale do primeiro, pressupõe-se que há uma via ordinária e, portanto, principal. Com a locução "métodos adequados" não há predisposições em favor de uma ou outra forma de resolução dos litígios, direcionando-se a avaliação tópica de pertinência. No caso, é inegável que atualmente no Brasil há ampla adesão à via heterocompositiva judicial, o que justifica plenamente a alusão às demais formas de resolução de disputas como métodos alternativos. Por outro lado, a apresentação da temática como tal condiciona a um comportamento de escolha subsidiária, o que se mostra inapto ao fomento e ao potencial que apresentam, o que parece justificar com ainda maior intensidade a escolha pela segunda expressão apresentada. Veja-se a respeito a consideração de Rodolfo de Camargo Mancuso, indicando que há um "vezo de se colocar a Justiça estatal como padrão oficial (a chamada solução adjudicada), levando a que as demais formas, auto e heterocompositivas, sejam consideradas 'meios alternativos' (*ADR's – alternative dispute resolutions*): por conta dessa (equivocada) percepção, a justiça oficial tem protagonizado a cena jurídica como primeira oferta, ficando os outros meios, órgãos e agentes, não estatais, como coadjuvantes".

conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos de regulação de disputas[10]. Especificamente, a chamada Justiça Multiportas pressupõe a ideia de que as diferentes interações litigiosas podem ser resolvidas sob o albergue do direito por métodos variados. Nesse caminho, há a autotutela, métodos autocompositivos e métodos heterocompositivos[11].

A autotutela é, em regra, vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, sob a premissa de que a realização forçada das próprias razões conduz a uma (in)justiça do mais forte. O exercício da ação privada, sem intervenção de autorização prévia, significa a exigibilidade de uma solução a partir da manifestação de força da parte que se diz lesada e produz a abertura para a execução de razões arbitrárias, em subjugação que pouco convém ao direito. Nas pertinentes palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, é necessário impedir a autotutela, pois "do contrário consagrar-se-ia o reinado do arbítrio, da força e da injustiça" [12]. No caso, o expediente é inclusive tipificado como conduta criminosa na lei penal brasileira (CP/1940. Art. 345[13]), comportando poucas exceções.[14]

---

[10] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 67-68. Referendando ainda o autor: "Esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios" (p. 71).

[11] MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Ministério Público e os métodos autocompositivos. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 253-273, 2017, p. 259.

[12] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 15.

[13] Código Penal. Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

[14] "Somente em casos emergenciais, expressamente ressalvados pelo legislador, é que subsistiram alguns resquícios da justiça privada, capazes de legitimar, ainda hoje, a defesa dos direitos subjetivos pelas próprias mãos da parte, como se dá com a legítima defesa (CC de 2002, art. 188, I), com a apreensão do objeto sujeito a penhor legal (CC de 2002, arts. 1.467 a 1.472) e com o desforço imediato no esbulho possessório (CC de 2002, art. 1.210, §1º)". JUNIOR, Humberto Theodor. **Curso de Direito Processual Civil**. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 102.

Nas hipóteses em que é permitida a autotutela – v.g., diante de imediato esbulho possessório (CCB/2002. Art. 1.210, §1º) – também é garantido o acesso à via judicial para retomada da coisa, mediante o manejo de demanda possessória, ficando evidenciado que há, nessa situação, pelo menos duas vias legítimas para a satisfação da pretensão material da parte lesada. A Justiça Multiportas pressupõe, nesse e em outros casos, que além do caminho judicial e da autotutela (quando permitida) outros mecanismos também se mostram viáveis e disponíveis para a resolução de litígios inclusive sendo mais adequados em muitos casos[15]. Assim, as formas autocompositivas também são hábeis a resguardar acesso à justiça e distribuição do direito, podendo ser realizadas tanto com o auxílio de um terceiro imparcial – conciliador ou mediador – para a condução das atividades, dando lugar às assim consideradas vias assistidas autocompositivas (conciliação e mediação), ou conduzidas autonomamente pelas partes e seus auxiliares para o alcance de uma deliberação comum (negociação).

A negociação é um modo de as pessoas lidarem com suas diferenças e buscarem um acordo por meio do diálogo[16]. No plano conceitual, a diferença talvez mais sensível entre mediação e negociação está na presença de um terceiro imparcial naquela. A propósito, a proximidade e concomitância de técnicas entre esses meios fez com que Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha referissem ser a negociação uma "mediação sem mediador"[17]. Inegável, porém, que em todas as hipó-

---

[15] A respeito: "Hoje há uma forte tendência mundial de se resolver os conflitos de interesses por outras vias que não a imposição de um provimento judicial". CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A conciliação e a mediação no CPC/2015. In: FILHO, Antônio Carvalho; JUNIOR, Herval Sampaio. **Os juízes e o Novo CPC**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 151-165, 2017, p. 154.

[16] WATKINS, Michael. **Negociação**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2016, p. 9. "Quando duas ou mais partes precisam chegar a uma decisão conjunta, mas suas preferências são diferentes, elas negociam. Podem não estar sentadas ao redor de uma mesa de negociações; podem não estar fazendo ofertas e contraofertas explícitas; podem até estar fazendo declarações sugerindo que estão do mesmo lado. Mas enquanto suas preferências em relação à decisão conjunta não forem idênticas, elas têm de negociar para chegar a um resultado aceitável para ambas". BAZERMAN, Max Hal; MOORE, Don. **Processo Decisório**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 261.

[17] Inclusive podendo estabelecer a impossibilidade de patrocínio da causa (cláusula de desqualificação) se frustrada a tentativa de autocomposição. A respeito, ver: CABRAL, Antonio

teses de autocomposição há negociação entre os interessados. Contudo, na conciliação e na mediação há a intervenção de terceiro imparcial e treinado para fins de facilitar o alcance de uma solução entre as partes[18].

A negociação especificamente pode ser facilitada por acordos prévios e procedimentais à instauração do processo para resolução de litígios. A esse respeito, convém referir sobre *Collaborative Law* que constitui um modo de condução de negociações integrativas, usualmente amparada em pactos pré-processuais entre os advogados e partes[19]. Na mesma linha, se pode instituir uma arbitragem para o acordo, consistente no julgamento por um árbitro de uma solução final às tentativas de conciliação ou, ainda, em arbitragem por melhor oferta, que se dá pela simples e muito eficiente escolha binária pelo árbitro de uma das ofertas finais apresentadas pelas partes após a tentativa de autocomposição[20].

A negociação estritamente considerada também pode ser conduzida de diversas formas. Existem para isso técnicas de melhor aproveitamento, tanto para eventos rotineiros da vida cotidiana, como para a atuação de profissionais da advocacia a fim de compor um litígio cível. Buscar-se-á descortinar algumas dessas técnicas e atuações, pois "quando os negociadores melhoram a racionalidade de suas decisões, eles aumentam a probabilidade de se chegar a um acordo, quando é sensato fazê-lo, e

---

do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): mediação sem mediador. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 709-726, 2017, p. 715.

[18] Na hipótese da conciliação, a resolução direciona-se com menor preocupação em preservar a relação entre as partes, ao passo que na mediação essa é uma preocupação relevante. Por conta disso e de outros aspectos as estruturações dos modelos de conciliação e mediação são também diferenciadas.

[19] CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): mediação sem mediador. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 709-726, 2017, p. 717.

[20] BAZERMAN, Max Hal; NEALE, Margaret Ann. **Negociando Racionalmente**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 162-164.

aumentam a qualidade de resultados negociados"[21]. Com o texto, ter-se-á um panorama inicial sobre elementos da negociação e suas interferências nos compromissos a serem firmados, especialmente tendo em conta litígios cíveis.

NEGOCIAÇÃO

Uma negociação pressupõe preparação e planejamento[22], bem como a adoção de uma estratégia de desenvolvimento das ações. Para a realização dessas atividades é importante ter em conta alguns conceitos e percepções básicas que exigem uma dissuasão da lógica formativa do direito processual. Primeiramente se estabelecem dois modelos amplos de desenvolvimento de uma negociação e, após, faz-se a tratativa de alguns aspectos a serem considerados em cada um ou ambas as diretivas.

Tipos de negociação: distributiva e integrativa

Como as atividades da vida em sociedade, as negociações ocorrem diuturnamente em cenários bastante diversificados. A necessidade ou dispensabilidade de relações duradouras, o fluxo de informações e a confiança estabelecida em cada uma das partes são fatores importantes para a eleição de um modelo negocial. Não é da mesma forma que se negocia a compra e venda de um imóvel e a partilha de bens deixados por

---

[21] BAZERMAN, Max Hal; MOORE, Don. **Processo Decisório**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 261.

[22] Negociar exige uma larga preparação, sendo isso fator determinante para o alcance de autocomposições benéficas em diversas espécies de litígios. Diferentemente da mediação, em que o mediador dificilmente tem acesso prévio às informações de qualquer das partes ou do litígio, sendo que as atividades de descoberta, avaliação e eleição de critérios ou são realizadas em caráter de instantaneidade, durante a sessão de mediação ou conciliação ou entre sessões, já se tendo em curso a aproximação. Por isso, "na relação de confiança que há de estabelecer-se entre o advogado e seu cliente, deverá obter-se o esclarecimento exacto e detalhado, não apenas dos factos centrais ao litígio, mas também das suas circunstâncias e contexto, histórico prévio e explicação e ainda das características e reivindicações já conhecidas e/ou declaradas de parte a parte entre os intervenientes dos factos". OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Negociação: sua prática na advocacia**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 58.

ascendente em favor dos descendentes herdeiros. Afinal, se o vendedor e o comprador de um apartamento dificilmente projetam relacionamentos entre si após a negociação, por outro lado, o mais usual é que os familiares terão ainda diversas oportunidades de convívio e talvez também negócios dali para frente.

A diversidade de situações determina que se elejam, no planejamento, inclusive as formas de condução de uma negociação. Geralmente se acredita que as negociações funcionam como uma compra e venda, ou seja, quanto maior o preço, melhor para um e pior para o outro. São as chamadas negociações de "perde-ganha" que partem da premissa de que há um bolo fixo a ser dividido e que cada parte reivindica o maior pedaço em detrimento de seu adversário. Muitas vezes, as negociações efetivamente são e devem ser predominantemente competitivas; contudo, essa opção deve ser reservada estritamente às situações que lhe são pertinentes.

Uma negociação distributiva ou competitiva (perde-ganha) é geralmente marcada por recursos e tempo escassos, uma alta competitividade entre as partes e a ausência de perspectivas de relação futura entre os litigantes[23]. Por isso, nesse tipo de negociação, "as partes sabem que talvez precisem aceitar menos do que esperavam (o seu ponto alvo)", assim como "esperam que o acordo seja melhor do que os respectivos pontos de resistência"[24]. A consequência é que somente haverá acordo se ambas acreditarem que essa solução é melhor que as respectivas alternativas. Com isso, "o principal objetivo não é assegurar que todas as partes saiam ganhando. É assegurar que o seu lado ganho o máximo que puder"[25].

Nesse tipo de negociação, o relacionamento e a reputação são pouco significativos, e a informação é uma moeda forte na determinação do

---

[23] LEWICKI, Roy; SAUNDERS, David; BARRY, Bruce. **Fundamentos de Negociação**. 5ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 17.

[24] Ibid., p. 35.

[25] LOPES, Sonia; STOECKRICHT, Ingrid. **Negociação**. 1ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 56.

resultado. A questão essencial nesse aspecto é, assim, o controle das informações[26]. Quanto menos informação tiver a contraparte sobre suas fraquezas e reais preferências e quanto mais ela perceber seu poder de barganha, melhor será[27]. Por conta disso, geralmente se omitem os motivos pelos quais se deseja fazer o negócio, os interesses ou as restrições e as preferências ou as alternativas e especialmente os limites de cada um na negociação. Se informa, por outro lado, quando se tem boas opções ao acordo[28]. Estrategicamente, a questão é selecionar a informação e obter os dados relevantes da contraparte que talvez não tenha planejado a abertura seletiva de dados.

Para alterar um condicionamento inicial herdado dos procedimentos judiciais que refletem métodos competitivos, dando conta de posturas inflexíveis, rígidas e formais [29], deve-se tentar enfocar a negociação naquilo que as partes podem ter em comum, sendo a perquirição de interesses um espaço bastante profícuo de ajustes. Sustenta-se a criação de valor, entre outras formas, mediante análise de diferenças de previsões, de hierarquias de preferências, da tolerância ao risco e das variadas necessidades quanto ao tempo de realização de determinadas providências requestadas.

Embora se reconheça que "na vida real maior parte das negociações é uma combinação de processos de reivindicação e de criação de valor"[30], Bazerman e Moore sugerem, com razão, que o componente que reivindica geralmente prevalece "quando enfrentam situações com motivos mistos, como uma negociação que requer agregação e valor e reivindicação de

---

[26] LEWICKI, Roy; SAUNDERS, David; BARRY, Bruce. **Fundamentos de Negociação**. 5ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 41.

[27] WATKINS, Michael. **Negociação**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2016, p. 16.

[28] Ibid., p. 17.

[29] MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Ministério Público e os métodos autocompositivos. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 253-273, 2017, p. 262.

[30] LEWICKI, Roy; SAUNDERS, David; BARRY, Bruce. **Fundamentos de Negociação**. 5ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 17.

valor". Isso produz usualmente o desenvolvimento de estratégias distributivas, inibindo a procura de soluções criativas mediante trocas benéficas[31].

> Acordos diplomáticos, soluções de litígios conjugais e a criação de alianças estratégicas são com frequência bloqueados pela premissa de que os interesses das partes são diametralmente opostos. Argumentos criativos ocorrem quando os participantes descobrem trocas entre as questões – mas eles não procurarão essas trocas se supuserem que o tamanho do bolo é fixo[32].

Isso exige uma "mudança do modelo perde-ganha para o modelo ganha-ganha"[33], ainda que apenas em parte da estratégia geral de negociação. As negociações do tipo integrativas ou colaborativas são determinadas por um fluxo ativo de informações, com a contínua exposição dos motivos para um negócio, a abertura de reais interesses e das restrições de cada parte com determinadas soluções. Pressupõe sejam reveladas preferências entre assuntos ou opções e a análise de capacidades e recursos adicionais que possam ser adicionados ao acordo para angariar vantagens também à contraparte. Nesse passo, busca-se opções criativas com o conhecimento obtido, de modo a atender ao máximo o interesse de ambos os lados[34].

Conforme Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha "na negociação cooperativa, a estratégia tem por base não a posição de cada interessado, mas os interesses envolvidos; busca-se criar valor, que pode beneficiar ambas as partes, separando-as do problema"[35]. A ideia geral de

---

[31] BAZERMAN, Max Hal; MOORE, Don. **Processo Decisório**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 288.

[32] Ibid., p. 288.

[33] CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A conciliação e a mediação no CPC/2015. In: FILHO, Antônio Carvalho; JUNIOR, Herval Sampaio. **Os juízes e o Novo CPC**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 151-165, 2017, p. 152.

[34] WATKINS, Michael. **Negociação**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2016, p. 22.

[35] CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): mediação sem mediador. In: JR, Hermes Zaneti;

operação de uma negociação integrativa é um fluxo maior de informações, com a tentativa de apresentação de opções de resolução a fim de albergar ao máximo possível os interesses. Todo o processo de negociação, ademais, tanto na formatação do proceder, na abertura de interesses, no pensamento de opções, na avaliação objetiva das alternativas, no descarte de soluções piores e eleição de melhores é atividade a se realizar em comum. Diz-se, por isso, que as partes "cooperam entre si para obter o máximo de benefícios, conjugando seus interesses em um acordo"[36].

Por conta do elevado potencial de agregar valor na negociação, percebe-se hodiernamente a existência de um discurso enfático em favor de métodos colaborativos de negociação[37]. Contudo, a concepção de que sempre é possível uma negociação integrativa – logicamente preferível em um ambiente permeado de boa-fé – pode levar a resultados insustentavelmente injustos quando na mesa de negociações há forte competição de um lado e ingenuidade de outro. Com essa ressalva, refere-se que a Escola de Negociação de Harvard desenvolveu um modelo de negociação na qual o feitio colaborativo assume um papel central, tendo por conta a separação entre as pessoas e os problemas, a concentração nos interesses e não nas posições, a invenção de opções para ganhos mútuos e o uso de critérios objetivos para avaliação das opções[38].

Nesse prospecto, o resultado esperado condiz somente com as últimas providências a serem tomadas na negociação. Ou seja, os pe-

---

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 709-726, 2017, p. 716.

[36] WATKINS, Michael. **Negociação**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2016, p. 17.

[37] Exemplificativamente, com variações, na doutrina: "A negociação competitiva ou distributiva é ineficiente, pois os interessados estão mais preocupados em reclamar valor que criá-lo; nesse caso, a negociação é conduzida para que um ganhe o outro perca, com estratégias encaradas como armas para enfrentar o problema". CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): mediação sem mediador. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 709-726, 2017, p. 716.

[38] FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 34.

didos, demandas ou posições de cada parte são deixadas apenas para o final. O início do processo é marcado por uma deliberação que pode alcançar inclusive o modo como irão proceder as reuniões, ou seja, sobre o processo de negociação. Estabelecem-se metas, prazos, objetivos para cada encontro e modelos dialógicos. Eventualmente, se há alguma ruptura no relacionamento se trabalha para os fins de manter o fluxo de comunicação ativo e se isolar as questões negociadas das afetividades entre as partes. Por meio do processo de negociação colaborativo, identificam-se os interesses de ambas as partes; após pensa-se sobre uma série de opções, fundamentando-as com critérios objetivos para que, somente ao final, as partes assumam o papel de eleger a forma de resolução do impasse mais adequada[39].

Essas etapas devem ser realizadas integradamente, de modo que o objetivo comum de viabilizar um acordo tenha caráter colaborativo e satisfaça, ao máximo possível, os interesses de todos os negociantes. Para tanto, conhecer os fundamentos das posições de cada uma das partes é central, para se poder perscrutar conjuntamente quais outras opções além da mais óbvia a cada uma das partes são compatíveis com os interesses comuns. É, igualmente, relevante fundamentar as opções em dados objetivos, dando respaldo de razoabilidade às sustentações efetuadas.

As negociações colaborativas, além de terem largo potencial de viabilizar acordos otimizados a ambas as partes, também reforçam a sensação de participação na formatação do resultado que deve soar justo e razoável aos envolvidos e, consequentemente, aumentam o comprometimento na execução do pactuado. Para que o acordo tenha um potencial de cumprimento maior, é relevante que as partes tenham ativamente participado do processo de formulação da negociação, além de haver o amparo da decisão em critérios que pareçam justos e razoáveis a ambos e não uma simples imposição de força por conta

[39] WEISS, Jeff. **HBR Guide to Negociating**. 1ª ed. Boston: Harvard Business Review Press, 2016.

de necessidade [40]. Assim sendo, "impõe a razoabilidade negocial que a discussão de pontos de vista, as propostas recíprocas e as exigências e concessões se estabeleçam em função de motivos objectivos, ou seja, na base de cada uma argumentação e da troca de informações relevantes em cada caso concreto" [41].

Aliás, em contraposição com as negociações distributivas, como usualmente se tem partida nos litígios cíveis, este é um aspecto relevante em favor de um acordo integrativo: aquele que perdeu a disputa na negociação, sendo forçado a aceitar um pacto tendo obtido pouco valor, muitas vezes simplesmente não cumpre a avença[42]. O inadimplemento se torna ainda frequente quando diante de condenações heterocompositivas [43]. A relevância de acordar para satisfação do direito tem ainda maior pertinência quando se tem em conta a ineficácia da jurisdição com viés executivo no Brasil. Sem contar que, mesmo depois do trânsito em julgado, "repetidamente há vantagens em negociar os próprios termos do cumprimento voluntário das obrigações emergentes da condenação"[44].

---

[40] "Quando um juiz redige seu parecer em uma sentença, está salvando as aparências não apenas para si e para o sistema judicial, mas também para as partes envolvidas. Em vez de simplesmente anunciar para um lado 'você venceu' e para o outro 'você perdeu', ele explica como sua decisão é consistente com princípios, legislação e precedentes. Ele não quer parecer arbitrário, mas sim alguém que procedeu de maneira apropriada. Com um negociador não é diferente". FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 48.

[41] OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Negociação: sua prática na advocacia**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 28.

[42] MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Ministério Público e os métodos autocompositivos. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 253-273, 2017, p. 263.

[43] "Parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes. É significativo que um processo dirigido para a conciliação – ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte 'vencedora' e a outra 'vencida' – ofereça a possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado". CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 83-84.

[44] OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Negociação: sua prática na advocacia**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 61.

Por fim, a negociação não pode progredir sem comunicação. O modo como ela se desenvolve tem um papel preponderante na eleição de um modelo de negociação. Nas negociações, o mais usual é haver um modelo misto, no qual a régua de confiança entre os sujeitos que negociem determina maior ou menor abertura de informações e melhores ou piores condições de trabalhos conjuntos no pensamento e formatação e avaliação de opções.

Elementos em perspectiva de litígios cíveis

Explanadas sumariamente as modalidades de negociação, passa-se ao exame de alguns elementos que são pertinentes ao planejamento e à execução de uma estratégia de negociação para litígios cíveis.

Elementos objetivos: posição, interesses e questões

O direito processual civil, quando estrutura a lógica dos pedidos, conduz a percepções geralmente improdutivas para o favorecimento de autocomposições. A negociação centrada nos pedidos formulados na petição inicial impede seja incluído valor na mesa a partir de técnicas de negociação integrativa. Essas pressupõem, entre outros aspectos, o exame do interesse – dos móveis à pretensão – que podem muitas vezes ser realizados diferentemente do modo como estritamente escrito o pedido.

Em teoria da negociação, o conceito que melhor se aproxima da noção processual de pedido é o de *posição*. Na negociação, "posição é a postura inicial demonstrada pelo negociador, mas que poderá não corresponder ao seu real interesse, ou seja, ao que o negociador efetivamente deseja para a satisfação das suas necessidades"[45]. Exemplos de posição são o requerimento da parte autora de ser indenizada em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a declaração de nulidade do contrato, a obtenção da

[45] MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Ministério Público e os métodos autocompositivos. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 253-273, 2017, p. 261.

guarda dos filhos, a dissolução parcial societária com apuração de haveres etc. São o que a doutrina processual chama de pedidos mediatos, ou seja, os bens da vida pretendidos sobre os quais versará a decisão de mérito [46]. Uma negociação integrativa não deveria iniciar pelas posições; contudo um processo judicial tem na legislação processual uma exigência de que tal reste especificado desde o seu primeiro ato (CPC/2015. Art. 319, IV).

Nos exemplos dados, ao se avançar sobre os motivos poder-se-ia indicar que a autora quer o que quer no primeiro caso porque deseja um novo automóvel, ou no segundo porque não tem mais interesse comercial no contrato tendo em vista uma melhor oferta de um terceiro fornecedor, ou no terceiro porque quer ter mais contato com os filhos ou, finalmente no quarto porque quer empreender em área afim isoladamente, entre outros motivos quiçá psicologicamente mais profundos. Importante é ter em conta que "há uma diferença entre as posições declaradas das partes e seus interesses subjacentes. Posições são os requisitos declarados que as partes demandam do outro lado. Interesses são questões auxiliares ou subjacentes por trás dessas posições"[47].

A ideia central de negociações integrativas é de que "atrás de posições opostas existem muito mais interesses em comum do que conflitantes"[48]. Por isso, quando a negociação tem enfoque nos interesses subjacentes – ignorando-se as posições – há uma facilitação em costurar acordos que satisfaçam mutualmente as partes. Pode-se ter um automóvel sem uso

---

[46] Por todos: "O pedido mediato é o bem da vida pretendido pelo autor. Assim, por exemplo, a declaração da certeza jurídica (sentença declaratória); a criação de nova situação jurídica, a modificação de um contrato ou sua anulação (sentença constitutiva ou desconstitutiva), o pagamento da quantia (sentença condenatória); a abstenção da adoção de comportamentos poluidores do meio ambiente (sentença mandamental); a coisa reivindicada (sentença executiva)". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Poocesso Civil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 365.

[47] BAZERMAN, Max Hal; MOORE, Don. **Processo Decisório**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 265.

[48] JUNIOR, Américo Bedê; CHMATALIK, Cristiane Conde. Conciliação. As técnicas de negociação e a nova política judiciária instituída pelo novo CPC na Justiça Federal. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 431-441, 2017, p. 433.

na garagem de casa para destinar à autora, ou se reajustar o valor do contrato de fornecimento, agregar novos produtos e serviços na relação comercial ou aumentar a periodicidade das visitas aos filhos, ou ainda cindir a empresa e fomentar inclusive trocas comerciais entre os dois negócios. Quando se enfoca nos interesses, uma gama de alternativas pode ser construída a fim de viabilizar composições que inicialmente se apresentam impraticáveis, especialmente quando os olhares recaem apenas às posições.

Quando há a distribuição da inicial e os pedidos estão postos, há um condicionamento que é desfavorável à negociação integrativa. Por conta disso, "quanto mais atenção se der a posições, menos foco será dado ao atendimento dos interesses subjacentes das partes"[49]. Os advogados que conduzem a causa em negociação precisam ter a percepção muito clara de que os limites do pedido (CPC/2015. Art. 492) são apenas aplicáveis quando da decisão judicial da lide, sendo impertinentes e geralmente perturbadores de uma solução autocompositiva.

Uma das primeiras atividades a cumprir para desenvolver estrategicamente uma negociação é estabelecer, se possível mutuamente, quais as questões que devem ser postas a composição. Não se trata do pedido em si, mas dos aspectos que são relevantes para a deliberação. São o "conjunto de fatores presentes em uma negociação" [50]. Se a questão versa sobre um pagamento, o ideal é que a negociação não se desenvolva apenas sobre o preço. Também pode ser objeto de negociação – e geralmente isso ocorre – o prazo, a forma de pagamento, as garantias oferecidas etc. Negociações de única questão envolvem geralmente reivindicação de valor [51], fazendo-se difícil agregar aspectos integrativos. Nessa linha,

---

[49] FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 29.

[50] LEWICKI, Roy; SAUNDERS, David; BARRY, Bruce. **Fundamentos de Negociação**. 5ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 35.

[51] BAZERMAN, Max Hal; MOORE, Don. **Processo Decisório**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 269.

conveniente perceber que "à medida que o mix de barganha aumenta, assim também crescem as oportunidades de *trade-offs* com relação a questões nas quais as preferências dos negociadores divergem"[52].

Além das questões, continuamente se deve perscrutar sobre quais os interesses subjacentes que determinam esses pontos em debate. Por que se deve discutir sobre esse ou aquele assunto? Qual a relevância dessa especificidade? O que mobiliza cada uma das partes às suas posições e questões? O que se fará com o resultado pretendido? Por que esse pedido é melhor do que o outro?

Ao iniciar uma negociação todos têm em mente alguns resultados pretendidos que se constroem a partir de um interesse muitas vezes não explícito. Para uma negociação com caráter flexível deve se ter como meta a realização do interesse e não da posição. Por isso, estrategicamente é bom que os pedidos de ambas as partes não fiquem em primeiro plano no processo de negociação. Nas negociações não é usualmente proveitoso lançar jornada para tentar compor já com o destino invariavelmente traçado. Os interesses, por outro lado, precisam estar o mais claro e definidos quanto possível.

A identificação das questões a decidir e dos interesses subjacentes é importante, pois pode conduzir à criação de valor por meio de uma perspectiva colaborativa, na esteira de trocas, como se explicitará infra nesse ensaio. Mesmo em uma negociação distributiva, a variabilidade de questões proporciona acordos viáveis e a criação de valores na negociação, embora a restrição sobre o fluxo de informações possa tornar mais difícil identificar essas oportunidades que muito provavelmente estão presentes.

Por fim, as questões definidas a resolver não são estáticas, dado que ao longo da negociação podem ser ampliadas ou restringidas, seja por meio da sugestão de novas opções de solução e, com elas, outros aspectos a compor, seja por acordos parciais em determinados aspectos

---

[52] LEWICKI, Roy; SAUNDERS, David; BARRY, Bruce. **Fundamentos de Negociação**. 5ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 35.

antes controvertidos[53]. Os interesses podem também ser incentivados, suprimidos, criados ou descobertos por meio do processo de negociação.

Elementos subjetivos da negociação: partes e relação

Um dos aspectos mais fundamentais em uma negociação condiz com a confiança que as partes nutrem uma sobre a outra. Quanto maior a fidúcia entre os negociadores, mais fácil será obter informações e, com isso, formatar acordos mutuamente benéficos. A comunicação é essencial para a mais provável obtenção de resultados desejáveis na composição. Quando as partes desconfiam da outra, são absolutamente relutantes em informar e têm maior dificuldade de compreender o ponto de vista oposto, sendo difícil a criação de alternativas viáveis de mútuo comprometimento.

O modo como uma parte percebe a influência e a força da outra também interfere ativamente nas considerações de confiança e na avaliação das respectivas alternativas. Uma tática altamente combativa frequentemente utilizada é a submissão do acordo à relação existente entre as partes ou entre terceiros. Por exemplo, quando um fornecedor ameaça o gerente de que intervirá junto ao dono da empresa, seu amigo, acaso não obtenha dada negociação – ou qualquer situação análoga – está por buscar a composição sob a perspectiva da força, sustentando uma demanda a partir de pressão na relação. Trata-se de estratagema de intimidação, podendo estar fundado em blefe ou efetivo poder de influência e submissão. Esse tipo de proposição afasta as partes e propõe uma composição pela força, direcionando a negociações distributivas, e fazendo muito difícil o percurso em criar valor por trocas mutuamente benéficas. Cria, outrossim, rancores que podem dificultar o cumprimento do pacto ou negociações e trocas futuras.

---

[53] "O perímetro do objeto negocial pode também evoluir durante as negociações, quer aumentando (por inclusão de variáveis, de problemas, ou novas alternativas), quer diminuindo (por exclusão progressiva de opções inicialmente existentes, por formalização de acordos parciais)". OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Negociação: sua prática na advocacia**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 21.

Em um processo judicial, geralmente as partes se apresentam com os dentes a mostra e com alto grau de desconfiança no adversário. Vê-se facilmente porque as informações que uma parte obtém da outra são usualmente aquelas constantes nos autos ou muito esparsamente coletadas, como se ao acaso e implicitamente, em tratativas preliminares. Como "a maior parte das negociações ocorre em um contexto no qual já existe um relacionamento prévio entre as partes envolvidas"[54], deve-se ponderar que dependendo dos antecedentes do litígio e da relação que deu origem à desavença, muitas vezes tem-se restrições iniciais no relacionamento fortes o bastante para impedir o melhor desenvolvimento da negociação. Não é incomum que o litígio tenha "indisposto todas as partes envolvidas de tal forma que inviabilize de todo uma negociação"[55]. Nessas hipóteses, para tornar factível a comunicação e consequentemente uma autocomposição, se deve buscar contornar o problema na relação, ora se terceirizando o processo por pessoas não afetadas diretamente com esse histórico – usualmente os respectivos advogados ou terceiros imparciais –, ora efetivamente tratando e discutindo a desavença por suas origens[56].

A esse respeito, outrossim, é bastante pertinente notar que o momento adotado no procedimento cível para conciliar – após a apresentação da petição inicial em juízo – pode não ser o ideal tendo em vista os condicionantes da relação entre as partes.

> A confecção dos termos (em especial os fáticos) da postulação poderá gerar óbices para autocomposição, criando resistência

---

[54] FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 41.

[55] OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Negociação: sua prática na advocacia**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 58.

[56] "Um fato básico a respeito de uma negociação (...) é que você está lidando não com representantes abstratos 'do outro lado', mas com seres humanos. Eles têm emoções, valores profundamente arraigados, experiências distintas e diferentes pontos de vista; além de serem imprevisíveis. Estão sujeitos a desvios cognitivos, percepções partidárias, pontos-cegos e delírios ilógicos. Assim como nós". FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 40.

> pelo réu. Isso porque, a depender da intensidade com que os fatos sejam postos na petição exordial, o réu – mesmo de forma involuntária – poderá fechar a porta da autocomposição, adotando postura de combater o que foi deduzido na postulação da contraparte, até como uma 'defesa de sua honra' ou para 'desmentir' o versado na peça de abertura[57].

Não surpreende porque o art. 695, §1º, do CPC/2015, que trata das ações de família, determina que a citação seja procedida sem a entrega da cópia da petição inicial ao réu, como de costume nas demais demandas cíveis. O objetivo é de que "o réu não tenha conhecimento imediato das alegações formuladas pelo autor, que podem acirrar os ânimos e dificultar a autocomposição".[58] Quando a relação está comprometida, a viabilidade de um acordo é sensivelmente dificultada.

Independentemente do desgaste, Fischer, Ury e Patton sugerem que uma negociação para ser melhor desenvolvida deve apartar as questões da relação e centrar-se objetivamente nas questões postas para transação. Por conta disso, em uma negociação integrativa – ou como referem esses os autores "negociação por princípios" –, passa a ser relevante

---

[57] MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 67-89, 2017v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 67-89, 2017</DisplayText><record><rec-number>3</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="2s5xf52xord2viefvr0v5a5iv52wvpzpzpd9">3</key></foreign-keys><ref-type name="Book Section">5</ref-type><contributors><authors><author>Rodrigo Mazzei</author><author>Bárbara Seccato Ruis Chagas</author></authors><secondary-authors><author>Hermes Zaneti Jr</author><author>Trícia Navarro Xavier Cabral</author></secondary-authors></contributors><titles><title>Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos</title><secondary-title>Justiça Multiportas</secondary-title></titles><pages>67-89</pages><volume>v. 9</volume><edition>1ª ed.</edition><dates><year>2017</year></dates><pub-location>Salvador</pub-location><publisher>Juspodivm</publisher><urls></urls></record></Cite></EndNote>, p. 82.

[58] SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 674 ao 718**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 116.

desembaralhar o relacionamento da substância do acordo[59]. A estratégia de intimidar pela força da relação, supra comentada, seria altamente desaconselhável para aplicar esse modelo de negociação.

A configuração de um quadro dos sujeitos da negociação deve ter em conta o complexo subjetivo de cada um dos negociadores, seja pelo comportamento esperado, seja pela análise dos recursos empreendidos para a causa, o que alcança aos respectivos advogados[60], bem como as relações de estabilidade e influência entre eles. Assim, se uma das partes contrata conceituado escritório de advocacia para representá-la, pode-se desde logo inferir que os potencialmente altos recursos empreendidos para aquele debate sinalizam relevância. Ainda, indicam que provavelmente serão destinadas todas as munições necessárias para o seguimento da demanda. Por outro lado, se a parte contatada sequer designa advogado ou o faz na figura de "um parente que lhe presta um favor" (ou afim), as expectativas geradas são notadamente diferentes, por mais competente que seja o familiar.

O mesmo se diga dos advogados que representam as partes. Se vão negociar com colega que sabem ser probo e leal, o canal de comunicação e as tratativas de negociação se desenvolvem com maior confiança e prestígio. Por outro lado, se os advogados que representam as partes igualmente têm suas diferenças ou são marcados por posturas desleais e agressivas, ainda mais acirrado e difícil será o processo de negociação. Para bem negociar, portanto, é indispensável que o causídico goze de prestígio ético para com seus colegas e comunidade.

---

[59] FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 41-56.

[60] Afinal, "não são poucos os acordos realizados com a interferência direta do profissional [o advogado], seja aconselhando seu cliente, seja participando de tratativas com a parte adversa para solucionar o conflito e, quando não transposto o obstáculo, exerce com dignidade o trabalho profissional materializado nos autos". FONSECA, Lúcio Palma da. O advogado e a medição e conciliação. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Repercussões do Novo CPC: Advocacia**, v. 2. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p., 2015, p. 56.

Deve-se também ter em conta os diferentes interesses daqueles envolvidos em uma negociação, seja atinente à própria parte que negocia, seja relativo a intermediários. Os corretores de imóveis, que por sua expertise possuem geralmente mais conhecimento sobre mercado imobiliário que os compradores e vendedores, têm interesses particulares que agem sobre a intermediação. Não se pode esquecer que o interesse do corretor é de efetuar a venda pelo maior valor possível ou sucessivamente por qualquer valor. Assim porque sua comissão incide sobre o preço da venda, o que o faz pressionar o preço e trabalhar para o vendedor. Contudo, ele sabe que se não houver venda, não há comissão e, nesse aspecto, o corretor trabalha para o comprador. O que mobiliza essa atuação e direciona os respectivos movimentos e conselhos, todavia, é geralmente o próprio interesse do corretor, muito antes do interesse dos negociantes.

Os advogados quando atuam em uma negociação têm suas posições muito bem situadas, representando partes, a rigor, opostas. Se o litígio está em curso, o causídico pode ter pessoalmente um interesse de efetuar o acordo, assim como o corretor de imóveis, dado que tal pode significar sua remuneração antecipada pela composição, sendo melhor, ao seu interesse pessoal, ter um acordo ruim ao seu cliente e receber a honorária correspondente, ainda que menor, do que manter uma longa disputa incerta judicial. Por outro lado, se o acordo encerra a contratação em horas, tipo *timesheet*, a finalização do processo em poucos atos significa o esgotamento de uma fonte de receita do escritório. Nota-se daí que o interesse do advogado pode ser diverso daquele do cliente. Esse aspecto perpassa inclusive sobre a substância do acordo, dado que pode interessar ao patrono o recebimento de valores para seu cliente – sobre os quais incidem percentuais de seus honorários – e ao representado pode ser mais negócio a concessão de serviços e outras formas de recebimento *in natura*[61].

[61] Trazendo a questão no que condiz com acordos coletivos no direito americano, Antonio Gidi traz exemplo bastante pertinente: "Os altos interesses financeiros em jogo do réu e do

Uma das ocorrências mais comuns em audiências e tentativas de conciliação na praxe forense envolve um conflito de interesses latente entre o advogado e seu cliente sobre honorários de sucumbência. Tal acaba muitas vezes por produzindo uma relutância do profissional para com a autocomposição. É muito usual a disposição de mútua renúncia das partes à honorária de sucumbência respectiva. Assim, se, por um lado, a diminuição dos valores e dos riscos a pagar pela sucumbência é fator que aumenta a zona de barganha[62], por outro, a simples instauração do litígio em juízo limita a mesma zona de barganha *ad initio*[63] e também condiciona o advogado a preterir acordos a soluções heterocompositivas, potencializando conselhos nesse sentido aos seus representados.

Os advogados ocupam um papel relevante na formulação e avaliação das ofertas que são feitas na negociação. Um causídico interessado no acordo pode conduzir a um desenvolvimento específico na mesa de reuniões. Trata-se de uma fonte de informação conhecida de cada uma das partes que não só guia procedimentalmente a negociação como também aconselha, com bom fator persuasivo, sobre ofertas, critérios e alternativas a seu cliente. Bem evidente porque convém também ter em conta seus interesses na formatação de uma estratégia de negociação.

> Enquanto mediadores e juízes não estão geralmente interessados nos detalhes de um acordo final, agentes possuem um interesse pessoal no resultado, porque representam

advogado do grupo, somados ao grande poder e autonomia conferidos ao advogado do grupo, são um convite à realização de acordos abusivos. Em uma ação coletiva, há o constante risco de que os interesses financeiros imediatos do advogado do autor e do réu sejam privilegiados, em detrimento dos legítimos interesses dos membros do grupo. Afinal, são eles, e não os membros do grupo, que se sentam à mesa para negociar os termos do acordo". GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 245.

[62] Ver infra.

[63] A presença de um intermediador usualmente diminui a zona de barganha, dado que o respectivo preço deve ser pago e descontado do negócio. BAZERMAN, Max Hal; NEALE, Margaret Ann. **Negociando Racionalmente**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 165-168.

> formalmente um dos lados. Embora preferisse que seu agente tivesse seus interesses sempre em mente, esse nem sempre é o caso[64].

Se, por um lado, os intermediadores como advogados e corretores têm seus interesses também dependentes do conteúdo da composição, por outro, os juízes e mediadores também têm interesses pessoais, mas em obter qualquer acordo. Esse fato pode conduzir muitas vezes a pressões indevidas pela autoridade – juiz, mediador, conciliador – para que uma das partes aceite composições injustas, aspecto que não é de todo incomum na prática forense.

> Nem o advogado é um simples agente comercial, nem tão pouco um mero persuasor de quem deva esperar-se apenas uma habilidosa condução de negociações. É, em vez disso, um profissional auxiliar da acção da justiça, a quem são exigíveis rigorosos deveres deontológicos para com a comunidade, entre os quais a probidade[65].

Note-se que se "no processo judicial, tradicionalmente, as partes são personagens imprescindíveis, em teoria, mas, na prática, não exercem uma função tão efetiva", nos meios autocompositivos elas são protagonistas[66]. Nesse sentido, quanto à formatação de um esquema de sujeitos

---

[64] Ibid., p. 164.

[65] OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Negociação: sua prática na advocacia**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 10-11.

[66] MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 67-89, 2017v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 67-89, 2017</DisplayText><record><rec-number>3</rec-number><foreign-keys><key app="EN" db-id="2s5xf52xord2viefvrov5a5iv52wvpzpzpd9">3</key></foreign-keys><ref-type name="Book Section">5</ref-type><contributors><authors><author>Rodrigo Mazzei</author><author>Bárbara Seccato Ruis Chagas</author></authors><secondary-authors><author>Hermes Zaneti Jr</author><author>Trícia Navarro Xavier Cabral</author></secondary-authors></contributors><titles><title>Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de

na negociação é relevante ter em mente todos aqueles que interferem e o modo como tal ocorre na negociação. As relações de influência são importantes, devendo-se mapear todos os envolvidos, classificando-os como meros informadores (como o avaliador contratado por uma das partes para indicar o equivalente financeiro de cada um dos bens do inventário), conselheiros (como familiares, o advogado, gerentes de empresa) ou decisores (como a parte, diretores e conselheiros de administração ou respectivos sócios) e identificar-se as influências recíprocas e os interesses de cada um dos sujeitos envolvidos, inclusive as divergências que podem eventualmente ocorrer entre eles[67].

De outra sorte, a necessidade ou conveniência de uma continuidade no relacionamento, pode representar um aspecto significativo para o empreendimento de técnicas integrativas de negociação[68]. Afinal, mesmo o vendedor de determinado produto pode ter interesse em fidelizar o cliente e fazer futuras vendas, o que lhe remete a uma percepção das necessidades do consumidor para efetuar a compra. Em relações familiares, comerciais continuadas, aluguéis e afins, há uma larga vantagem na fixação de um acordo formatado em moldes colaborativos, com potencial para manter boa relação a trocas futuras ou quiçá ampliar o leque de negociações em benefício mútuo. Quanto mais irrelevante for a continuidade de uma boa relação entre as partes após o desfecho negociado, mais próximo se estará diante de um modelo distributivo de negociação.

---

conflitos</title><secondary-title>Justiça Multiportas</secondary-title></titles><pages>67-89</pages><volume>v. 9</volume><edition>1ª ed.</edition><dates><year>2017</year></dates><pub-location>Salvador</pub-location><publisher>Juspodivm</publisher><urls></urls></record></Cite></EndNote>, p. 70.

[67] OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Negociação: sua prática na advocacia**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 22.

[68] "As partes que tendem a se envolver em determinado tipo de litígio também devem ser levadas em consideração. Elas podem ter um relacionamento prolongado e complexo, ou apenas contatos eventuais. Já foi sugerido que a mediação ou outros mecanismos de interferência apaziguadora são os métodos mais apropriados para preservar os relacionamentos". CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 72.

Elementos formadores, limitadores e ampliativos da negociação

Examina-se agora os limites da negociação que pressupõem o conhecimento de três conceitos significativos no planejamento e execução de uma negociação: (a) a melhor alternativa ao acordo negociado; (b) o ponto de reserva e (c) a definição da zona de barganha. Esses elementos são importantes em qualquer tipo de negociação, mas assumem um papel preponderante em uma barganha preponderantemente distributiva, dado que sinalizam critérios de definição das posições das partes. Ainda assim, após a exposição de seus significados e aplicações, tratar-se-á de algumas técnicas integrativas na negociação capazes de aumentar a zona de barganha e viabilizar ganhos recíprocos com a autocomposição.

Si vis pacem, para bellum. Usualmente a alternativa mais comum a um acordo em litígios cíveis envolve a distribuição de uma demanda ou a continuidade de um processo já em curso. Fato é que saber quais as alternativas são disponíveis às partes na hipótese de não fechamento da avença serve não apenas como um incentivo para soluções negociadas, mas especialmente para definir um critério objetivo limitante da negociação. Após listar todas as alternativas disponíveis no caso de insucesso da negociação, a melhor delas (BATNA – *Best Alternative to a Negotiated Agreement*) representa um parâmetro mínimo de um acordo aceitável, ou seja, usualmente indica o ponto de reserva na negociação.

Muitas vezes as negociações alcançam impasses irracionais, ainda que a oferta final da contraparte se apresente mais vantajosa que a alternativa a ser enfrentada com o encerramento das negociações. Imagine-se como credor de R$ 100.000,00 (cem mil reais), tendo seu direito largamente comprovado. Se a negociação com o devedor alcançou ao seu limite uma oferta de pagamento de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), deve-se ou não aceitar o acordo? Nesse caso, ainda que eventualmente se mostre contraintuitivo, é bastante simples constatar que para essa decisão devem ser considerados os honorários contratuais, os custos judiciários, a incerteza

do resultado ainda que provável[69], o tempo de tramitação, as manobras do devedor no curso do processo e quiçá até mesmo o insucesso na localização de bens em futuro cumprimento de sentença.

Em boa parte dos casos esse acordo deverá ser aceito, aliás, com um largo sorriso no rosto do credor. Muitas vezes, no entanto, a avaliação é menos analítica e mais passional, não se aceitando "um centavo a menos do que o valor total do crédito". Também se mostra um viés comum a avaliação da conveniência de um acordo a partir do exame do ganho da contraparte: "ele está ganhando mais do que eu nisso, logo é um acordo ruim". No exemplo, dado, dir-se-ia que o devedor está ganhando R$ 20.000,00 (vinte mil reais) às custas do credor!

No caso, se a primeira posição ampara-se geralmente um sentimento de merecimento e não em um julgamento objetivo – infelizmente nem sempre há justiça nas cobranças –, a última perspectiva coloca o ganho do outro em um patamar mais alto que o próprio interesse, o que pode somente sinalizar afetividades que justifiquem um sentimento de vantagem no (in)sucesso da contraparte ou, quiçá mais frequentemente, a falta de critérios para a tomada de decisão. Dificilmente essas perspectivas bastante comuns oferecem bons conselhos para a tomada de decisão.

Estabelecer o BATNA é um aspecto chave na estratégia de negociação, dado que ele fornece um critério objetivo para avaliação de bons ou maus acordos. Nessa feita, quando a alternativa é a via judicial, entre outros fatores contingentes, deve-se considerar "a) a duração do litígio; b) custos prováveis; c) conduta provável da(s) parte(s) contrária(s); d) impacto sobre as posições negociais das partes envolvidas; e) possibilidades de desfecho, quanto ao sentido da decisão judicial"[70].

---

[69] "Ao contrário do que se verifica na negociação de uma transação comercial, por exemplo, nenhuma das partes pode prever com exactidão qual será a evolução do litígio quando este for confiado à acção da Justiça. Podem fazer-se cálculos, projecções, acerca do sentido da decisão judicial. Todavia, são tantas as variantes que podem influenciar o curso e reflectir-se no resultado de uma acção em um tribunal que, em bom rigor, todas as previsões são falíveis". OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Negociação: sua prática na advocacia**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 57.

[70] Ibid., p. 59.

O ponto de reserva condiz com o limite extremo de conveniência de um acordo e deve ser estabelecido antecipadamente ao início de uma negociação a partir de um exame objetivo. Por conta disso, "devemos preferir ao impasse qualquer acordo negociado que nos dê mais valor do que a nossa BATNA; do mesmo modo, devemos recusar qualquer acordo negociado que nos dê menos do que a nossa BATNA"[71] Como bem observam Lewicki, Saunders e Barry, "a importância das alternativas está no fato de dar aos negociadores o poder de abandonar a negociação quando as perspectivas de acordo não são boas"[72]. Consequentemente, quanto melhor a alternativa do negociador, mais força terá em uma mesa de negociação, estando menos sujeito a pressões da contraparte. Isso significa que é indispensável estabelecer, sob critérios objetivos e fundamentados as efetivas alternativas, como buscar implementar constantemente outras melhores ou aprimorar as vias já disponíveis para a hipótese de frustrar a tentativa de solução negociada.

Deve-se também avaliar as alternativas da contraparte como uma forma de dimensionar o seu ponto de reserva, bem como agir para diminuir o valor da respectiva BATNA. Isso pode ter reflexos no posicionamento e limites na mesa de negociação. Exemplificativamente, em uma barganha distributiva, se a parte devedora está apostando na demora da via judicial como um fator de valor para sua melhor alternativa, dimensionando-se o ponto de reserva a partir desse patamar, alguns atos que lhe criem dissabores enquanto persistir o litígio – mesmo que sem que isso garanta ao credor vantagens diretas –, pode prover resultados para uma melhor margem de negociação. Exemplo rotineiro disso é a inclusão do nome do devedor em cadastro de inadimplentes ou cartórios de protesto quando diante de pretensões de crédito.

---

[71] BAZERMAN, Max Hal; MOORE, Don. **Processo Decisório**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 264.

[72] LEWICKI, Roy; SAUNDERS, David; BARRY, Bruce. **Fundamentos de Negociação**. 5ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 34.

O conhecimento da BATNA de cada uma das partes provê uma base de negociação melhor do que avaliações intuitivas e não preparadas[73], viabilizando não só o planejamento, mas também direcionando táticas de implemento de força na mesa de negociação. Por conta disso, esse item deve ser necessariamente avaliado antes de iniciada a negociação, bem como reavaliado continuamente durante o todo o processo negocial, especialmente em barganhas distributivas, mas não apenas nelas. Mesmo em negociações integrativas, dificilmente não se terá alguma reivindicação de valor em algum momento e, aí, saber perceber e avaliar essas questões são instrumentos bastante poderosos de fortalecimento.

O advogado é peça essencial para avaliar a razoabilidade, à luz do direito, das diferentes posições das partes e suas possibilidades. Esse exame condiciona a meta pretendida com o acordo, bem como interfere intensamente quando a melhor alternativa da parte é desenvolver a via judicial. Fornece, igualmente, elementos para que se projete as viabilidades e limites da contraparte, servindo para estimar o respectivo ponto de resistência. O trabalho do advogado é contínuo na negociação e exige atenção ao longo de toda a sua atividade, além do estabelecimento de momentos apropriados para reavaliação "sobretudo quando a evolução do litígio venha a produzir importantes modificações nas respectivas posições negociais, tornar-se-á necessário realizar um ponto de situação entre advogado e seu cliente"[74]. As avaliações do cliente, outrossim, são também bastante proveitosas, pois geralmente a parte tem ou teve um contato mais próximo com o adversário, conhecendo-o melhor, ou pelo menos possui maior *know-how* do mercado ou das circunstâncias em que se inserem as alternativas eventualmente pensadas por si e possivelmente pelo adversário.

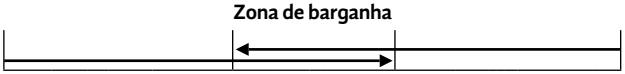
---

[73] BAZERMAN, Max Hal; MOORE, Don. **Processo Decisório**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 265.

[74] OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Negociação: sua prática na advocacia**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 60.

Entre os pontos de reserva de cada parte há um intervalo relevante para o desenvolvimento das negociações. Imagine-se que o credor (autor) está disposto a aceitar qualquer acordo superior a R$ 110.000,00 (cento e dez mil reais), mas propôs o pagamento do valor integral do crédito de R$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais). O devedor, por sua vez, aceita efetuar pagamentos de até R$ 130.000,00 (centro e trinta mil reais), embora tenha proposto inicialmente a quantia de R$ 80.000,00 (oitenta mil) ao credor.

Em esquema:



R$ 80.000,00 (oferta inicial devedor)	R$ 110.000,00 (ponto reserva credor)	R$ 130.000,00 (ponto reserva devedor)	R$ 170.000,00 (oferta inicial credor)

No exemplo, dois pontos de reserva se sobrepõem, de modo que existe uma área positiva de barganha, fazendo viável a feitura de um acordo com base racional. A zona de barganha pode ser maior, ou menor, ou até mesmo inexistir (no exemplo ela é de R$ 20.000,00). Qualquer acordo nessa faixa é benéfico a ambos os litigantes, pois trata-se de expediente melhor que as alternativas, nas respectivas avaliações. Evidentemente que será mais benéfico ao credor receber R$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais) e ao devedor pagar somente R$ 110.000,00 (cento e dez mil reais). Contudo, insiste-se que qualquer solução nessa faixa é melhor que a continuidade do litígio para ambos.

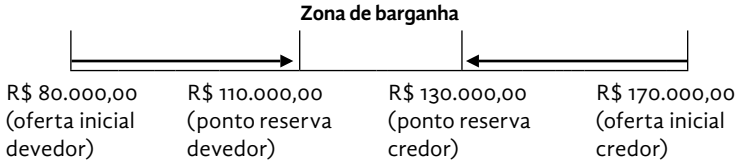
Em uma negociação distributiva, o objetivo é alcançar um acordo no melhor limite da zona de barganha, ou seja, o mais próximo possível do ponto de resistência da contraparte[75]. Assim sendo, "uma das habilidades principais da negociação é determinar o ponto de reserva da outra parte e

[75] LEWICKI, Roy; SAUNDERS, David; BARRY, Bruce. **Fundamentos de Negociação**. 5ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 35.

visar uma resolução que seja minimamente aceitável"[76]. Forçar um acordo além do ponto de reserva adverso é tornar inviável a negociação, levando a um impasse e deixando-se de compor. Consequentemente dever-se-á tolerar uma alternativa muitas vezes pior do que o acordo recusado.

Para tentar identificar o ponto de resistência da outra parte na negociação é viável refazer a via cognitiva pela análise indireta, mediante as fontes de informações disponíveis de que a contraparte possa ter se valido, bem como daquelas informações diretamente disponibilizadas pela contraparte no desenvolvimento da negociação[77]. Em juízo, é conveniente ter em mente que há mais informações nas manifestações das partes do que é necessário ao juiz para julgamento da causa. Muitas vezes ali se fazem presentes dicas de anseios, expectativas, temores, necessidades e critérios de avaliação de resultados considerados justos pelo outro lado.

Porém, nem sempre há zona de barganha disponível em uma negociação, especialmente quando se trata de única questão – como a que reflete tão somente em dimensionamento do preço. No exemplo dado, basta que o ponto de resistência do devedor seja R$ 110.000,00 (cento e dez mil) e o do credor seja R$ 130.000,00 (cento e trinta mil). Nesse caso, como se vê do esquema, não há zona de barganha positiva, sendo inútil negociar, dado que nenhum acordo se mostra possível. Isso salvo se for possível criar valor por meio de trocas e adoção de técnicas de negociação integrativa.



[76] BAZERMAN, Max Hal; MOORE, Don. **Processo Decisório**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 269.

[77] LEWICKI, Roy; SAUNDERS, David; BARRY, Bruce. **Fundamentos de Negociação**. 5ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 38-40

Quando se negocia por interesses, a negociação pode ter um aumento expressivo do *quantum* a dividir por meio de alternativas que considerem as contingências do caso. No exemplo dado, eventualmente o pagamento com serviços prestados pelo devedor em favor do credor seja um expediente de criação de valor, quiçá estabelecer prazos de pagamento, a dação de bens diferentemente avaliados entre as partes ou engendrar novas relações pode ser uma alternativa viável. Imagine-se que o credor pretende investir financeiramente o montante recebido. Ora, se o devedor é uma instituição financeira, pode haver uma reavaliação do ponto de reserva se o pagamento ficar destinado a uma aplicação em CDB ou afim na própria instituição. Com novos valores, partes podem negociar agora não só o quanto será pago, mas também qual a taxa de remuneração da aplicação. Com empenho do negociador, geralmente é possível encontrar variadas opções de resolução, especialmente a partir da negociação simultânea de várias questões. Com isso se pode criar alternativas melhores que a continuidade do litígio, abrindo espaço a uma zona positiva de barganha.

Se o pai paga pensão para o filho, recebida pela mãe, e não quer aceitar o aumento requerido pela genitora tendo em conta que gostaria de ter recursos para poder presentear a criança eventualmente, pode-se fixar uma pensão maior se esse pagamento se der em vestimenta ou em outros bens e serviços que podem ocupar a dimensão de presentes para o filho. Nesse caso, a mãe pode receber a mesma quantia em dinheiro que já percebia, mas fica isenta de gastos com roupas, o que representa um ganho mútuo. Nesse singelo caso, criou-se valor a ambas as partes, integrando-se interesses.

Além disso, um dos modos mais eficazes de criar valor em uma negociação é ter em perspectiva que os interesses podem ter pesos e importâncias diferentes para cada uma das partes. Não faz sentido trocar uma nota de R$ 100,00 (cem reais) por cinco notas de R$ 20,00 (vinte reais), a menos que uma das partes precise ter troco disponível. Nesse caso, se por um lado, é irrelevante o número de cédulas, pelo outro, essa peculiaridade assume um valor que mobiliza a transação.

Tendo isso em mente, é pertinente tentar efetuar um ranqueamento de interesses de lado a lado, para fins de que, se algo é mais importante para uma das partes do que para a outra, tem-se uma relevante moeda de troca. Se transaciona nesses casos porque cada uma das questões negociadas pode ter importâncias diferentes para as partes. Os interesses são sopesados relativamente pelas partes:

> Até mesmo negociadores que estão cientes dos interesses de cada lado nem sempre pensaram sobre a importância relativa de cada questão. Para ser totalmente preparado para negociar, deve saber como cada questão é importante para você, além de ter um sentido de como cada questão é importante para a outra parte. Os melhores acordos são alcançados na troca de questões relativamente sem importância pelas mais importantes[78].

Para negociar com base em interesses é necessário aumentar o fluxo de informações entre as partes e para isso, fazer uso de perguntas é um expediente relativamente simples e ao mesmo tempo bastante eficaz. Não é à toa que se diz que a mais poderosa técnica de negociação é o uso de perguntas[79].

> A maioria das pessoas tende a considerar negociações primordialmente como uma oportunidade de influenciar a outra parte. O resultado é que muitos de nós falamos mais do que ouvimos. Mesmo quando o outro lado estiver falando,

---

[78] BAZERMAN, Max Hal; MOORE, Don. **Processo Decisório**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 266.

[79] MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Ministério Público e os métodos autocompositivos. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 253-273, 2017, p. 262.

> concentramo-nos no que vamos dizer em seguida em vez de ouvir novas informações[80].

Saber sobre o que se deve perguntar (interesses, alternativas, hierarquias de valores e preferências da contraparte) é uma forma muito eficiente de ganhar vantagem na mesa de negociação, seja para reivindicar a maior parcela de valor em sua perspectiva, seja para propor opções que contemplem diferentes interesses e criem valor por meio da negociação.

Também se pode gerenciar riscos para viabilizar trocas. Em demandas judiciais, dificilmente se sabe ao certo o resultado final e suas consequências, de modo que uma das partes pode estar mais disposta à aposta que outra. Isso quer dizer que diferentes percepções sobre eventos futuros podem ocasionar variações nas percepções de valor das questões negociadas. Quando se está diante de um negociador com aversão ao risco e outro disposto a arriscar, a negociação por apostas pode significar a abertura necessária ao alcance de composições mutuamente benéficas.

Isso ocorre cotidianamente na fixação de honorários contratuais entre os advogados e seus clientes, quando compõem sobre valores pré-fixados ou dependentes do êxito da causa. Se o cliente imagina uma chance alta de vencer, mas o advogado não, o primeiro ficará satisfeito em pagar um valor fixo, independentemente do resultado o que muito agradará ao advogado. Se fosse contrato exclusivamente de risco, haveria menos a dividir, pois soaria ao mesmo tempo caro ao cliente e barato ao causídico. O contrário pode igualmente ocorrer, fazendo a aposta o causídico. Entre partes negociantes, pode-se propor bonificações em caso de resultados cuja previsão é divergente ou valer-se de obrigações condicionadas como forma de alcance de entendimentos comuns. Há também hierarquias diferentes entre os riscos, gerando fatores que podem beneficiar trocas

---

[80] BAZERMAN, Max Hal; MOORE, Don. **Processo Decisório**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 278.

e consequentemente criar valor na negociação, aumentando ou estabelecendo uma zona de barganha positiva.

3.2.4 Elementos do contexto da negociação: pressão e posição negocial.

O senso comum ensina que as diferentes circunstâncias em que se passa uma negociação são fatores definidores da necessidade de cada uma das partes de alcançar uma composição. A situação particular de cada polo afeta sensivelmente não só a existência de alternativas ao acordo, como também a necessidade que cada um tem em resolver a questão em determinado tempo ou condições.

As negociações não se passam no plano puramente abstrato, mas lidam com sujeitos em um cenário que é propositor de eficácias sobre demandas, concessões e alternativas. Entende-se por pressão negocial a influência que direciona o curso natural ou espontâneo do processo de negociação. Dependendo de como o contexto age em cada negociante, haverá diferenças nas posições estratégicas de negociação, levando uma ou outra parte a fazer concessões ou abdicar de exigências[81]. A pressão também torna as partes mais ou menos flexíveis a alternativas negociadas.

A estrutura do direito processual civil adotada no Brasil produz, na maior parte dos casos, uma desigualdade em favor da parte ré ou executada, consideradas a lei ou o mero hábito judiciário de restringir execuções antes da formação do título executivo e pela impossibilidade também por esses mesmos motivos de adoção de técnicas processuais mais efetivas na execução, entre outros aspectos conhecidos de todos com trâmite forense. Em regra, o processo favorece o réu[82], ainda que

---

[81] OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Negociação: sua prática na advocacia**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 30-31.

[82] Fazendo referência ao mesmo problema, sob perspectiva do modelo português: "O mero prolongamento da discussão em tribunal, facilitado muitas vezes por expedientes processuais usados a coberto da lei adjetiva, pode favorecer os interesses (também os negociais) de uma das partes em litígio. Pois a demora da acção da Justiça prolonga geralmente os prejuízos patrimoniais de uma delas – geralmente a autora na acção – e permite ainda dar azo à implementação de medidas de prevenção, tendentes a diminuir o risco patrimonial da demanda. De sinal inverso,

sejam presentes institutos processuais que busquem redimensionar o ônus do tempo durante o litígio como as antecipações de tutela fundadas em urgência ou evidência, entre outros.

A pressão e o poder de cada parte variam com o transcurso do tempo, notadamente com a mudança de circunstâncias, gerando e fechando oportunidades para a composição ao longo de um litígio civil. A fase pré-judicial pode confrontar condições e pressão negociais diversas daquelas após a distribuição da inicial, que serão também diferentes das decorrentes da negativa ou acolhimento de um dado pedido liminar. Na mesma linha, a produção da prova, a sentença proferida, a distribuição da apelação etc.

Vê-se novamente, mas agora por outra razão àquela anteriormente indicada, que o momento da audiência do art. 330 do CPC/2015 talvez não seja o tempo mais vantajoso à parte representada para viabilizar uma negociação com sucesso, pois cada avanço e movimento processual significa potencialmente uma alteração contextual relevante na percepção e necessidades de cada uma das partes. Pode ocorrer de ser o momento ótimo para uma aproximação, mas isso depende de uma avaliação e exame tático, não do acaso ou do costume. Nada impede que o advogado se antecipe ou aguarde o tempo certo para se aproximar da contraparte com fins obter vantagem tática para seu constituinte.

Quando se planeja uma negociação, se realiza uma avaliação provisória da estratégia negocial que deve ser refeita continuamente ao longo de toda a barganha. Isso porque o contexto determina mudanças significativas nas posições, expectativas e necessidades das partes. O negociador experiente planeja e identifica as peculiaridades de cada momento e situa-se para conversar sobre composições nas oportunidades benéficas, dentro das possibilidades.

---

o recurso a procedimentos cautelares – prévios à acção principal, ou concomitantes a esta pode assegurar uma posição negocial de vantagem, consoante os inconvenientes de ordem patrimonial nomeadamente provocados pela parte contrária". Ibid., p. 57-58.

Se o momento anterior à distribuição da demanda não é favorável a uma investida em negociação, o cenário talvez mude com o manejo de uma notificação juridicamente fundamentada, ou com a produção antecipada de prova (CPC/2015. Art. 381, III), com a distribuição do processo, com o deferimento ou indeferimento de uma medida liminar. Se é diferente negociar um litígio cível quando uma das partes tem a seu favor uma sentença ou um título executivo, uma penhora já estabelecida etc.[83], o mesmo vale com eventos absolutamente alheios à discussão, como o adoecer de uma das partes, o cancelamento de importantes contratos comerciais de uma das empresas, crises econômicas, ou diversas maneiras de alguma delas ganhar na loteria ou ir a ruína metafórica ou denotativamente.

O acaso produz diferenças estratégicas que definem pressões negociais variáveis. Mas essas podem também ser criadas ou induzidas pela parte: por exemplo, o tempo é uma ferramenta útil, pelo qual é comum utilizar marcos de validade de proposta[84], sugerindo escassez e, consequentemente maior valor, afora as questões trazidas pelo direito material (CCB/2002. Art. 427 e seguintes). Da mesma forma a suspensão do processo por dado período para fins de tentativa de negociação (CPC/2015. Art. 313, II). Entre outros, são elementos reguladores de pressão negocial[85].

---

[83] "Num litígio, para analisarmos o assunto de outro prisma, em fase pré-judicial pode existir equilíbrio de posições negociais perante a incerteza de qual será o sentido da decisão final da causa por parte de um tribunal. Todavia, ultrapassada a fase dos articulados e realizadas as sessões de audiência e julgamento em que foi produzida a prova, a parte que vê o processo desenrolar-se favoravelmente terá adquirido já melhor posição negocial" ibid., p. 24.

[84] WATKINS, Michael. **Negociação**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2016, p. 74.

[85] "Uma das maneiras de incentivar um acordo consiste em adotar ações de rompimento para aumentar os custos de não se chegar a um acordo negociado. Em uma ocasião, que um grupo de trabalhadores sindicalizados do setor de alimentos em negociação com um restaurante recrutou apoiadores, pediu que entrassem no restaurante antes do almoço, pedissem uma xícara de café e consumissem a bebida sem pressa. Quando os frequentadores habituais do restaurante chegaram para almoçar, todas as cadeiras estavam ocupadas". LEWICKI, Roy; SAUNDERS, David; BARRY, Bruce. **Fundamentos de Negociação**. 5ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 43.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Negociar é entender diferenças, tanto no que condiz com os interesses e perspectivas do outro, como na forma de proceder as negociações. Embora continuamente se reafirme a existência de variados modos adequados de resolução de conflitos, ao lado da via judicial, é fato que o direito processual civil se construiu sobre paradigma muitas vezes contraprodutivo para estabelecer negociações profícuas. Por via de consequência, a formação de juristas seguiu linhas inadequadas para o enfrentamento de variadas negociações.

Esse ensaio buscou efetuar um panorama geral sobre negociações e seus elementos considerando as dinâmicas de um litígio civil. Por conta disso, apresentou-se sumariamente formas de negociar proficuamente e alguns critérios objetivos de operação estratégica para essa atividade. Além de se situar a negociação na esteira da chamada Justiça Multiportas, determinou-se dois modelos gerais de negociação (distributiva e integrativa), com a identificação de elementos indispensáveis ao trato estratégico quando diante de negociações em litígios cíveis.

Estabeleceu-se parâmetros para um exame analítico de negociações e táticas correlacionadas, bem como se buscou instigar atenção do negociador a elementos pertinentes ao implemento de autocomposições mutuamente benéficas, mesmo quando diante de barganhas distributivas. O empenho que se exige do negociador para isso é custoso, pois o obriga muitas vezes a se afastar do paradigma competitivo que fomentou sua própria formação profissional, bem como a mudar perspectivas tradicionalmente aceitas sobre o que é um bom negociador. Acredita-se, no entanto, que embora grande, tal esforço é frutífero e capaz de auxiliar ativamente na promoção de entendimentos, abrindo espaço para um aproveitamento racional de uma das tantas portas de solução de controvérsias: a negociação.

REFERÊNCIAS

BAZERMAN, Max Hal; MOORE, Don. **Processo Decisório**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BAZERMAN, Max Hal; NEALE, Margaret Ann. **Negociando Racionalmente**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): mediação sem mediador. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 709-726, 2017.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A conciliação e a mediação no CPC/2015. In: FILHO, Antônio Carvalho; JUNIOR, Herval Sampaio. **Os juízes e o Novo CPC**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 151-165, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: SAFE, 1988.

FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

FONSECA, Lúcio Palma da. O advogado e a medição e conciliação. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Repercussões do Novo CPC**: Advocacia, v. 2. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p., 2015.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JUNIOR, Américo Bedê; CHMATALIK, Cristiane Conde. Conciliação. As técnicas de negociação e a nova política judiciária instituída pelo novo CPC na Justiça Federal. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 431-441, 2017.

JUNIOR, Humberto Theodor. **Curso de Direito Processual Civil**. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LEWICKI, Roy; SAUNDERS, David; BARRY, Bruce. **Fundamentos de Negociação**. 5ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.

LOPES, Sonia; STOECKRICHT, Ingrid. **Negociação**. 1ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 67-89, 2017.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. O Ministério Público e os métodos autocompositivos. In: JR, Hermes Zaneti; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**, v. 9. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, p. 253-273, 2017.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLIVEIRA, Francisco da Costa. **Negociação**: sua prática na advocacia. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 674 ao 718. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WATKINS, Michael. **Negociação**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2016.

WEISS, Jeff. **HBR Guide to Negociating**. 1ª ed. Boston: Harvard Business Review Press, 2016.

SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS E O PROCESSO DE EXECUÇÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS

Elaine Harzheim Macedo[1]
Marina Damasceno[2]

INTRODUÇÃO

No ensaio *A vocação do nosso Tempo para a Jurisdição,* de autoria do Professor Nicola Picardi, que integra a obra também de sua autoria *Jurisdição e Processo,* reunindo diversos estudos e ensaios do Professor Titular da Universidade "La Sapienza" de Roma, com organização e tradução revisada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2008, p. 1-2), o jurista italiano aponta que o século XX enfrentou um movimento pendular, da legislação, predominante nas primeiras três décadas[3], para a jurisdição,

---

[1] Doutora em Direito pela UNISINOS. Professora catedrática adjunta, permanente, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogada. Foi magistratura de carreira, sendo promovida para Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em maio de 1998, onde atuou até maio de 2014. Foi Vice-Presidente e Presidente do Tribunal Regional Eleitoral, onde atuou no biênio 2012/2014., professora palestrante da Escola Superior de Magistratura Ajuris, membro editorial da Revista da Ajuris, membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul e da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Presidente do IGADE, Instituto Gaúcho de Direito Eleitoral.

[2] Mestre em Direito pela PUCRS. Professora em programas de pós-graduação *lato sensu*. Advogada.

[3] Certamente ainda muito influenciado pelo movimento do Iluminismo e do Racionalismo, que chegou a seu ápice no século XIX, talvez o mais importante e significativo movimento legislativo da história do Direito ocidental, relembrando o autor italiano Savigny, que já vislumbrava no início dos anos oitocentistas a "vocação do seu tempo para a legislação e a ciência jurídica" (PICARDI, 2008, p. 1-2).

especialmente a partir dos anos setenta, citando Mariano D'Amelio e Natalino Irti. Já para o século XXI, Nicola Picardi entende que a situação não só é nova, mas também complexa, concluindo por uma vocação para a jurisdição e a doutrina jurídica, centrando a maior preocupação, quanto ao exercício do poder – porque ao fim e ao cabo é disso que se está falando quando se debate a dicotomia entre *legislação* ou *jurisdição* – não tanto sobre quem deve exercer, mas mais sobre como se controla, quem exerce o poder, afirmando textualmente: "*não é tão importante o poder, e as suas formas de legitimação, quanto o controle do exercício do poder*".

Duas consequências decorrem deste nem tão novo movimento pendular: a primeira estabeleceu-se pelo processo de constitucionalização do Direito, cuja importância vem sendo estimulada pela doutrina jurídica. Submeter o Estado e o particular à Constituição em todos os níveis é uma forma de se controlar o exercício do poder, tema, porém, que foge à nossa fala de hoje. Outra consequência é, precipuamente no âmbito da jurisdição, a partir do fenômeno pendular – da *legislação* para a *jurisdição* o que significa dizer, com outras palavras, onde diminui o poder do legislador, aumenta o poder do juiz – estabelecendo-se um contraponto importante (não necessariamente o único) ao efeito de reequilibrar o exercício do poder ao se contemplar múltiplos espaços, lado a lado da tradicional função estatal atribuída ao Poder Judiciário, para a função de pacificação dos conflitos, em que vigora o protagonismo do particular.

Está-se falando do *sistema de justiça multiportas*, no qual os agentes não necessariamente públicos atuam com o mesmo mister, isto é, objetivando o fim do conflito de interesses e a pacificação social, apresentando-se como uma alternativa ao exercício do poder público, representando uma retomada desse poder pelos próprios titulares da soberania popular: os cidadãos. Este movimento de descentralização do poder jurisdicional é também uma das formas de maior controle sobre o seu exercício, além de atender com mais eficiência as exigências da sociedade contemporânea, que, certamente, se qualificaram, daí porque sua complexidade denunciada por Nicola Picardi.

Nesse sentido, o art. 3º do CPC/2015, contemplando em seu *caput* nada mais nada menos que a cláusula do acesso à justiça (não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito), traz em seus parágrafos a arbitragem; o dever do Estado de promover sempre que possível a solução consensual dos conflitos; a previsão da conciliação, mediação e de outros métodos de solução consensual de conflitos, todos como espaços paralelos ao exercido pelo juiz togado no processo civil, que, na forma do art. 1º, deverá ser ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil. Tais valores, por certo, também hão de ser aplicados aos demais métodos de resolução consensual dos conflitos, até porque o *topos* normativo é a Constituição.

Não se olvida que a doutrina contemporânea tende a reconhecer na função jurisdicional uma função maior, correspondente à tutela dos direitos fundamentais do homem. Mas o fato é que, neste objetivo maior, que se reconhece por força das garantias constitucionais individuais, coletivas ou sociais, se insere exatamente a concepção do processo que desencadeia, sempre, uma resolução. É o que se quer do juiz e do Poder Judiciário. É o que se quer dos outros métodos que a ciência jurídica construir ao mesmo desiderato, daí porque também submeter esses métodos aos valores constitucionais.

Nesse universo, Jaime Greif enfrentando a crescente jurisdicionalização da vida cotidiana, conclui:

> Los jueces, sin la pretensión de ángeles guardianes de la sociedad, se han encumbrado como la tercera rama política del gobierno, especialmente porque ejercen el control de las otras, contribuyendo decisivamente al perfeccionamiento de las instituciones democráticas y modelando el comportamiento colectivo con espíritu de justicia. Sólo así puede concebir-se el milagro contemporáneo que muestra a la rama menos peligrosa de la estructura de poder – Hamilton

> – proyectada hasta emplazarse como árbitro y garante último de los derechos de los individuos (2014, p. 161-162).

Confirma o jurista uruguaio, com outras palavras, que o pêndulo do século XXI movimenta-se em favor da jurisdição (em detrimento não só da legislação como também do Poder executivo), até como controle da atuação dos outros poderes, o que, ao mesmo tempo, também passa a exigir, frente ao recrudescimento da sobrecarga concentrada em um dos poderes da soberania, a incrementação do que o autor chama de "jurisdição extracontenciosa" (GREIF, 2014, p. 160).

O objetivo maior, porém, deste trabalho é centrar o debate num dos pontos mais nevrálgicos da função – ou multifunções – de superação de conflitos, que tem acompanhado o processo civil e, de certa forma, também ameaça ou, no mínimo, impõe-se como uma sombra aos mecanismos de resolução consensual dos conflitos: o cumprimento de prestações decorrentes das obrigações acertadas ou assumidas - ou seja, atuar no plano da exigibilidade de um direito já determinado e consubstanciado em um *título*. Está se falando, objetivamente, da atividade executiva voltada a satisfazer créditos certos, líquidos e exigíveis quando o devedor da obrigação não age espontaneamente.

O ordenamento jurídico, tradicionalmente, contempla o Processo de Execução (e, para os limites deste trabalho, não se mostra relevante se o título executivo que enseja a execução é judicial ou extrajudicial) como processo expropriatório ao efeito de, em apertada síntese, buscar no patrimônio do devedor a satisfação dos créditos inadimplidos. Sua função precípua, distinta do processo cognitivo, não é compor um conflito através da tradicional conclusão afirmando, acertando ou declarando quem tem razão, a quem assiste a tutela judicial pretendida, tão afeita às sentenças contempladas pelo art.487, inciso I, do CPC/2015, que repete vetusta tradição dos códigos processuais. Sua função precípua é, através de meios adequados – atos executivos ou executórios –, satisfazer, quitar

créditos inadimplidos, entregar o bem da vida a quem reconhecidamente é o credor da prestação.

Aqui o primeiro aspecto a ser enfrentado neste trabalho: na concepção de um sistema de justiça multiportas, atribui-se a outros agentes e através de outros instrumentos (arbitragem, mediação, conciliação, negociação, etc.) o mesmo desiderato que o processo comum sempre conteve, ou seja, a resolução ou superação de conflitos.

Mas quando esta solução implica o estabelecimento de obrigações, traduzidas em prestações, assumidas por um dos conflitantes, como garantir que tais obrigações sejam efetivamente cumpridas, adentrando-se especificamente no plano da exigibilidade de tais direitos, é um dos problemas a serem enfrentados, tanto pelo legislador como pelo Poder Judiciário ou quem faça as vezes de.

Segundo, neste novo espaço jurisdicionado de satisfação de obrigações já reconhecidas e sacramentadas em prestações bem definidas, há, ainda, lugar para valer-se o agente que, de acordo com o ordenamento jurídico, detém o poder de fazer valer a obrigação inadimplida, de soluções consensuais e em que medida?

A RESOLUÇÃO AUTOCOMPOSITIVA DO CONFLITO

Embora a mediação e a conciliação não esgotem os métodos adequados de resolução de conflitos, são, efetivamente, os instrumentos autocompositivos mais conhecidos no ordenamento jurídico brasileiro. No que tange à conciliação, sua relação com o direito brasileiro remete à legislação anterior ao Código de Processo Civil de 1973, uma vez que a Lei n. 5.478 de 1968 em seu artigo 5º já fazia alusão à audiência de conciliação e julgamento. A mediação, por sua vez, possui uma regulamentação mais recente, sendo positivada, apenas em 2010, pela Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça.

Ressalta-se que a Resolução acima citada não serviu apenas como marco de inclusão da mediação no ordenamento brasileiro, mas também

para revisitar os métodos autocompositivos, elevando-os ao ideal de instrumentos efetivos de pacificação social e de solução e prevenção de litígios. Nesse sentido, em 2015, foram promulgados o Código de Processo Civil – Lei 13.105/15 – e a Lei de Mediação – Lei 13.140/15, operando os dois diplomas legais contemporaneamente editados em desfavor do monopólio da justiça oficial, nem sempre tão efetiva e tempestiva, resgatando-se, no direito pátrio, instrumentos históricos que o passado contemplou com méritos e atribuindo à cidadania autossuficiência na superação de seus conflitos. É de Roberto O. Berizonce (2008, p. 502), a lição:

> Las formas solutorias privadas, la autocomposición, la mediación y el arbitraje en sus variadas modalidades formaban parte antiguamente, de hecho excluyente, de la jurisdicción, que históricamente antecediera a la legislación.

Ou seja, em passado mais distante, o pêndulo operou-se de forma inversa, isto é, da jurisdição em favor da legislação. Nesse fio, prossegue o autor:

> Cercamos estudios antropológicos confirmaron la gran importancia y desarrollo que en las sociedades primitivas han tenido la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitramento.

De sorte que se volta à afirmação inicial, isto é, a complexa função de resolução de conflitos navega, de tempos em tempos, em mares distintos, ora buscando seu embasamento em técnicas privadas, ora na legislação (movimento de codificação), ora na jurisdição pública (monopólio do Poder Judiciário), quando, talvez, o mais acertado seja exatamente o movimento que se pretende pelo sistema de justiça multiportas, que não exclui nenhum desses caminhos, e procura reuni-los em torno de um eixo comum: os vetores constitucionais que regem a vida em sociedade.

A tarefa, especialmente do doutrinador, é encontrar e indicar os termos em que cada uma dessas atuações deve prevalecer, observando-se a via adequada de resolução de conflitos em aderência ao direito material controvertido.

Atuação do mediador e do conciliador

Não é propósito deste trabalho enfrentar as técnicas utilizadas em cada uma destas formas de resolução de conflitos, mas situar que, essencialmente, essa atuação está voltada para o que, no processo convencional, convencionou-se chamar de *fase cognitiva*. Ou seja, postas as partes e o conflito de interesse, cumpre ao agente, público ou privado, a partir do cotejo entre as manifestações de cada litigante e, se for o caso, das provas apresentadas ou produzidas, encaminhar o caso para a solução, ou, mais precisamente no caso da mediação, trabalhar no sentido de que as próprias partes construam a melhor solução para superar ou mesmo evitar o conflito.

Na mediação, o procedimento é distinto, na medida em que o mediador nada decide, mas opera para que as partes, de comum acordo, decidam o conflito. Nesse caminho, os arts. 14 a 20 da Lei n. 13.140/2015, indicam uma sequência de reuniões entre as partes e o mediador, com vistas à aproximação delas, sendo que merece destaque a regra do art. 19, ao dispor que "*o mediador poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, bem como solicitar das partes as informações que entender necessárias para facilitar o entendimento entre aquelas",* entendimento esse, quando alcançado, que será objeto de um termo final, "*quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção do consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes",* o que se justifica na medida em que a mediação pressupõe a anuência de ambas as partes no procedimento.

Quanto à conciliação, que não recebe tratamento legislativo autônomo, vem ela regulada no âmbito do processo civil, embora nada impeça de se dar conciliação extrajudicialmente, o que aliás é de razoável prática no

exercício da advocacia, a exemplificar os arts. 515, inciso III, e 784, inciso IV, o primeiro voltado à homologação judicial de autocomposição extrajudicial e o segundo prevendo a transação referendada pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública ou pelos advogados dos transatores.

Em termos de conciliação judicial, ganha relevo o art. 334 que contempla a audiência de conciliação ou mediação, prevendo o Código um momento próprio no processo para o exercício da função conciliadora, antes até de se instaurar o contraditório, na medida em que se situa a realização desta audiência após a petição e antes da oferta da contestação.

Ao efeito de viabilizar esta audiência, os arts. 165 a 175 tratam dos centros judiciários de solução consensual de conflitos, incluindo expressamente a conciliação entre os programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. Não bastasse isso, a conciliação está contemplada no § 3º do art. 3º do Código, sendo a mesma estimulada em qualquer fase do processo.

A partir dessa percepção, entende-se que, de fato, a mediação e a conciliação possuem diferenças, as quais residem na forma de atuação do terceiro. Situam-se os conciliadores como mais ativos e diretivos na facilitação do diálogo e possível acordo, podendo, inclusive, propor ideias de acordo às partes, desde que não exerçam pressão e mantenham sua imparcialidade (GABBAY, 2011, p. 49). Contudo, ambas devem partir da ideia de protagonismo e empoderamento dos jurisdicionados que, eventualmente, pode gerar a possibilidade de um acordo.

Em suma, o mediador e o conciliador recebem da legislação tarefas e funções voltadas à autocomposição, compondo, lado a lado do Poder Judiciário, um sistema de justiça multifacetário, no afã de pacificação social.

Sem embargo da valia de tais instrumentos, o fato é que todos esses caminhos, sem exceção, redundam na formação do título executivo, que poderá ser judicial ou extrajudicial, conforme o caso.

Títulos executivos oriundos da mediação e da conciliação

Os caminhos percorridos pelo procedimento de mediação ou conciliação, apesar de suas respectivas peculiaridades, em especial, na forma de atuação do auxiliar da justiça – mediador ou conciliador – caso exitosas as sessões levam à constituição de um título executivo, o qual, em caso de descumprimento, poderá ser exigido seu cumprimento em juízo.

No caso de um acordo formalizado durante a tramitação de um processo, este deverá ser homologado pelo juiz, nos termos do artigo 487, III, *a*, do CPC/15 o qual extinguirá o processo com resolução de mérito. Tal ato do magistrado, consequentemente, constituirá um título executivo judicial, conforme art. 515, inc. II da referida legislação. Frisa-se que nada impede que um acordo decorrente de procedimento autocompositivo extrajudicial seja também submetido à homologação do juiz, de acordo com o art. 515, inc. III do CPC/15.

Não é demasiado lembrar que não é propriamente a sentença judicial homologatória que configura o título executivo e sim o conteúdo do acordo obtido no procedimento de mediação, limitando-se, no caso, a intervenção judicial a conferir qualidade de ato jurídico perfeito, apto a produzir seus efeitos (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 771).

Há, ainda, a possibilidade de o acordo ocorrer em âmbito extrajudicial, aplicando-se, desse modo, o Código de Processo em seu art. 784, em seu inciso IV, no qual o instrumento de transação referendado pelo mediador ou conciliador credenciado pelo Tribunal constitui título executivo extrajudicial, submetendo-se, portanto ao processo expropriatório do Livro II do CPC/2015 quando não cumprida a obrigação espontaneamente.

Forçoso concluir, pois, que a mediação e a conciliação dependem diretamente da legitimação do procedimento e da atuação do agente responsável pela sua condução para que se dê o cumprimento espontâneo das obrigações reconhecidas ou acordadas, pena de tais procedimentos redundarem num processo executivo, que, cediço, é penoso, moroso e não raras vezes ineficiente. Dizendo de outra forma, o êxito (de tempo e de

eficiência) na solução encontrada pela via dos métodos de autocomposição em contraposição ao processo civil tradicional, poderá, senão de todo, pelo menos em parte, ser esvaziado se, não havendo o adimplemento por parte do devedor, a parte terá que se valer do processo de execução, que tanto pode ser o cumprimento de sentença (arts. 513 e seguintes) quando o título for considerado judicial, como o processo de execução do Livro II do CPC/2015, quando o título for enquadrado como extrajudicial.

A PERGUNTA QUE NÃO QUER CALAR: UTILIDADE E PERTINÊNCIA DA SOLUÇÃO CONSENSUAL NO PROCESSO DE EXECUÇÃO?

É visceral no processo civil a compreensão de duas funções distintas e indivorciáveis da atuação jurisdicional. Como ensina Araken de Assis (2016, p. 106), a função cognitiva, preponderante na estrutura do processo de conhecimento, está intimamente comprometida com a incerteza que envolve os fatos e o direito sustentados pelo autor, a exigir como cláusula constitucional matriz a ampla defesa e o contraditório para que o juiz possa, em juízo enunciado *a posteriori*, "declarar" eventual direito em favor da parte autora ou exatamente o contrário, rechaçar suas pretensões.

Mas, quando se está frente à ocorrência de lesão (dano ou ilícito), a simples declaração do direito do autor é insuficiente para recompor o patrimônio jurídico do autor, impondo-se o que o autor gaúcho denomina de "trabalho de campo" a dar origem à função executiva, que opera no mundo dos fatos e conclui, citando Francesco Carnelutti, pela célebre metáfora segunda a qual "o processo de conhecimento transforma o fato em direito, e o 'processo de execução' traduz o direito em fatos" (ASSIS, 2016, p. 107). A partir dessas considerações, solidificadas na doutrina processual, é possível se afirmar que o processo de execução guarda vocação para a expropriação patrimonial, base no princípio secular do Estado liberal que a responsabilidade pelas dívidas é patrimonial e não pessoal. Este princípio, que conduz o procedimento expropriatório, vem

consagrado no Direito brasileiro pelo art. 789 do CPC/2015, repisando o que o Código de 1973 já previa: *o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei*. Vem de Cândido Rangel Dinamarco (1997, p. 244) a lição de que a responsabilidade patrimonial sujeita o patrimônio do devedor ou mesmo de terceiros, quando esses se obrigam pela dívida, aos atos executivos ou executórios em busca da satisfação da prestação, submissão essa que é potencial e genérica.

Constituem-se, pois, tais bens uma universalidade, cumprindo no curso da execução estabelecer-se pontualmente qual ou quais bens serão objeto de expropriação, sempre pelos critérios de maior eficiência em favor do exequente e menor onerosidade em favor do executado.

O procedimento, destarte, voltado para a execução é extremamente simples sob seu aspecto formal: a fase da postulação, que se resume na petição que provoca a jurisdição executiva, a citação ou intimação do executado conforme tratar-se de título extrajudicial ou judicial, sucedendo-se a fase instrutória, através da penhora que representa o primeiro ato voltado à expropriação, com as subsequentes a avaliação e licitação que, se exitosa, repercutirá no pagamento, representando este a extinção do processo de execução.

Reforçadas as diferenças basilares entre o processo cognitivo e o processo executivo, mostra-se necessário compreender a aplicação dos métodos autocompositivos no segundo, porquanto na execução não se busca resolver uma controvérsia pautada na incerteza, mas ver a realização de determinado direito, consubstanciado em determinado título, seja ele judicial ou extrajudicial, no mundo dos fatos.

Trata-se, assim, de procedimento que não coabita com a atividade cognitiva e/ou de acertamento da relação jurídica de direito material, na medida em que o título que autoriza a execução é sempre certo, líquido e exigível. E exatamente por este motivo, esse procedimento repudia, em tese, os meios autocompositivos.

Contudo, sua aplicação não está vedada no processo de execução, ao contrário, de forma sublimar até a contempla, lembrando-se que as normas fundamentais do processo, entre as quais o art. 3º e seu § 3º do Código de 2015, a estimula em qualquer momento do processo.

Os meios autocompositivos, quando aplicados à execução, não podem remeter aos mesmos objetivos buscados em sua aplicação no processo de conhecimento. Neste o procedimento volta-se não exclusivamente a um resultado favorável ao acordo, que deve ser considerado apenas como uma consequência possível da sessão, mas no empoderamento das partes na busca da solução de um conflito marcado pela necessidade de acertamento da relação jurídica. O objetivo está em proporcionar o protagonismo das partes na resolução de determinada controvérsia.

Na execução, por sua vez, deve-se compreender a autocomposição por um viés diferenciado, porquanto não se está tentando propor soluções a uma controvérsia, mas trabalhar formas de que a prestação prevista no título executiva seja cumprida ou, ao menos, um resultado equivalente seja alcançado. São concessões relativas à concretização de determinado pagamento – em sentido amplo – no mundo dos fatos por meio de determinadas concessões por parte do exequente. Senão vejamos.

No art. 916, o Código prevê que o executado, reconhecendo o crédito do exequente, deposite 30% do valor em execução, acrescido de custas e de honorários advocatícios, e requeira o pagamento parcelado do saldo em até 6 (seis) parcelas mensais, igualmente acrescidas de correção monetária e de juros de um por cento ao mês, o que, em última instância, é uma proposta de conciliar/acordar a dívida, suspendendo-se a execução, embora impostos alguns limites pela lei processual para sua admissibilidade, daí porque a doutrina reconhecer-lhe o caráter de parcelamento limitado (SCALABRIN; COSTA; CUNHA, 2015, p. 261). O Código, é certo, prevê a oitiva do exequente quanto a esta proposta, no § 2º, mas a sua contrariedade só poderá se fundar na ausência do preenchimento dos requisitos instituídos por esse dispositivo, não podendo deduzir defesa discricionária e opor-se ao parcelamento. Rompe, aqui, a

regra processual com a do direito material, pela qual o credor detém o direito de receber a prestação na forma em que é devida, conforme arts. 313 e 314, do CCB/2002.

Ainda que a hipótese não configure *conciliação* em termos precisos, o fato é que a lei prevê uma alternativa para a superação do conflito creditício e do respectivo processo de execução, colocando exequente e executado em situação de composição da dívida alternativa à expropriação.

Por outro lado, o art. 922 prevê a suspensão do processo durante o prazo concedido pelo exequente para que o executado cumpra voluntariamente a obrigação. Trata-se de hipótese que se enquadra perfeitamente na ideia de conciliação, pois pressupõe que exequente e executado ajustaram em consenso o parcelamento e os vencimentos das respectivas parcelas, acordo esse que não tem o poder de extinguir o processo, mas sim de suspendê-lo enquanto prevalecer o entendimento entre as partes.

Sobre as causas suspensivas da execução, Marcelo Abelha (2016, p. 1.226-1.227) distingue as causas suspensivas propriamente ditas e as impeditivas, esclarecendo que, sob o aspecto de sua gênese, a suspensão se dá por situações externas à atividade executiva e por força de imposição de um fato jurídico involuntário, como é o caso da suspensão da execução com fundamento nos arts. 313 e 315 do CPC/2015[4], e o do recebimento dos embargos com efeito suspensivo; quanto às causas impeditivas, o autor aponta questões internas, que dizem respeito aos próprios atos executivos, como a inexistência de bens a penhorar e a ausência de licitantes aos bens levados a leilão.

Já a suspensão do processo por iniciativa das partes – seja com fundamento no art. 916, seja por força de acordo com dilação do prazo para o pagamento parcelado, enquadra-se numa terceira hipótese e que tem o seu fundamento na busca da solução pelo consenso, dependendo das

[4] Causas de suspensão do processo em geral, também aplicáveis ao processo de execução.

próprias partes, embora o produto seja o mesmo, isso é, obstar o prosseguimento dos atos expropriatórios, nos termos do art. 923 do CPC/2015.

Para que não se perca as características próprias do processo de execução, inaplicável a audiência do art. 334 do Código processual, por sua absoluta falta de aderência ao procedimento expropriatório. Não há como vincular o prosseguimento da execução à sua designação com consequente suspensão da atividade executiva, o que representaria a total ineficiência da jurisdição de execução, jurisdição essa reclamada e provocada mesmo com fundamento em títulos obtidos diretamente através da arbitragem, da mediação ou da conciliação, como visto alhures. Essa prática seria por demais funesta às pretensões executivas, aniquilando com o processo de execução. Corroborando com o argumento, a referida audiência encontra-se do Livro I, voltado, assim, ao Processo de Conhecimento.

Por outro lado, a previsão de audiência do art. 772, inciso I, ordenando-se às partes o seu comparecimento, tem proposta outra, voltada que está para preservar a litigância da boa-fé e a boa condução do procedimento expropriatório. Fábio Milman (2007, p. 190), comentando o art. 599 e seus incisos I e II, do Código de 1973, reproduzidos pelo Código vigente, e resistindo a aceitar que a lei tenha imposto punição apenas em relação ao executado, omitindo-se em relação ao exequente, propõe que a convocação pelo juiz e a advertência quanto aos abusos processuais também pode ter por destinatário a parte autora, porque litigância de má fé não é prática exclusiva do polo passivo na relação processual.

Sob essa compreensão, até se pode ter essa audiência como tentativa, por parte do juiz na obtenção de uma conciliação. Nesse sentido, outra diferença relevante em relação à fase cognitiva, na qual, em tese, a conciliação deverá ser exercida por conciliador na figura de auxiliar da justiça uma vez que a figura do magistrado está vinculada à formação do convencimento jurisdicional construído em conjunto com as partes a partir de garantias processuais, como o contraditório. Enquanto, naquele momento, a conciliação remete a uma atividade cujas características não

podem ser associadas à ideia de imposição, atuando o conciliador como espécie de facilitador do diálogo entre as partes.

O magistrado, mesmo no âmbito colaborativo, possui papel simétrico junto às partes no desenrolar da demanda e, no momento em que concretiza seu convencimento por meio de uma decisão, assume postura assimétrica e impositiva. Por isso que sua atuação em uma sessão de conciliação nesses moldes pode, eventualmente, exercer pressão indireta sobre os jurisdicionados, em razão de sua figura impositiva, mesmo que não seja essa sua intenção.

No caso da execução, entretanto, a figura do magistrado como conciliador é de mais fácil visualização, uma vez que o convencimento jurisdicional já está firmado, há um título executivo certo, líquido e exigível, logo, a conciliação não possui mais o papel propriamente de pacificar uma relação social, afinal, este momento já foi superado. O foco redireciona-se, então, ao cumprimento da obrigação firmada no título, sem, contudo, desvencilhar-se da ideia de protagonismo das partes e de todas as garantias que continuam regendo o procedimento. Ocorre a busca pela resolução da questão do melhor modo, dentro das possibilidades, para todos, se este for o interesse das partes envolvidas.

Contudo, essa audiência só teria cabimento se o processo de execução estancou em um dos obstáculos que impedem o seu regular processamento, como, por exemplo, inexistência de bens a penhorar. Não há como se valer dessa audiência interpretando-a a luz da audiência do art. 334: são etapas distintas, com funções diferentes a serem adotadas, a primeira na fase cognitiva do processo e a segunda em sede de execução obstaculizada.

Este diálogo entre a execução e as normas fundamentais do processo encontra coro nas lições de Humberto Theodoro Júnior (2017, p. 246), que reconhece na ordem de comparecimento das partes segundo art. 772, inciso I, as seguintes finalidades, que não esgotam as possibilidades desta audiência:

> O objetivo é facilitar: (*i*) a autocomposição, ou o (*ii*) negócio jurídico processual, para estimular o cumprimento voluntário da obrigação. Com efeito, a ordem de comparecimento se dirige não apenas ao exequente e ao executado, mas, também, a qualquer participante do processo, como, por exemplo, o adquirente do bem alcançável pelo processo de execução, o credor hipotecário, etc.

Presente a ideia que os procedimentos executivos objetivam a satisfação do crédito – conduzindo, inclusive a ideia de que em sede de execução não há se falar em uma sentença que os extinga com ou sem resolução de mérito – o que está afeito ao procedimento cognitivo –, mas sim em extinção com ou sem satisfação do crédito (CÂMARA, 2017, p. 429), também é possível concluir que a conciliação não é incompatível com a execução, mas não poderá ser levada ao extremo de simplesmente transportá-la de sua concepção na fase cognitiva para a fase expropriatória, a exigir do intérprete muita atenção, presentes os princípios que inspiram o processo de execução.

CONCLUSÃO

O contraste entre os institutos da conciliação e da mediação reside, essencialmente, no *modus operandi* a ser utilizado pelo terceiro que atuará na situação conflituosa. Não obstante a diferença, ambos são métodos autocompositivos direcionados ao incentivo do empoderamento dos jurisdicionados durante o procedimento com vistas à resolução de controvérsia, sendo o acordo mera consequência eventual de tal situação. Este acordo, por sua vez, será revestido de força de título executivo judicial ou extrajudicial a depender da necessidade ou não de homologação judicial no caso concreto.

Ao analisar a aplicação desses métodos autocompositivos na execução não podem ser considerados os mesmos objetivos utilizados no

processo de conhecimento. Enquanto a fase cognitiva volta-se à busca de um juízo de certeza por meio de um acertamento da relação jurídica de direito material, a fase executivo tem como objetivo a expropriação para sanar determinada obrigação consubstanciada em título, seja ele judicial ou extrajudicial.

A autocomposição em momento executivo volta-se, principalmente, à obtenção do pagamento, como ocorre, similarmente, na moratória do art. 916, a qual visa exclusivamente à superação do conflito crediário. Tanto é verdade que a obrigatoriedade da audiência preliminar de conciliação ou mediação não pode ser transportada ao processo de execução, afinal, os fins são diversos.

A própria figura do conciliador na execução não necessita estar atrelada exclusivamente ao auxiliar da justiça previsto no art. 165 e seguintes, mas pode ser associada, inclusive, à figura do magistrado, porquanto a finalidade é que a prestação seja adimplida no mundo dos fatos, até por que um dos princípios norteadores da execução é a utilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ASSIS, Araken. **Manual da execução**. 18. ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BERIZONCE, Roberto O. **El processo civil en transformación**. La Plata: Librería Editora Platense, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário**: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GREIF, Jaime. I. **Quo vadis Justitia?** II. Acceso a la Justitia. La Plata: Librería Editora Platense, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. II.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Editora Revista os Tribunas, 2015.

MILMAN, Fábio. **Improbidade processual**: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Trad.: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SCALABRIN, Felipe; COSTA, Miguel do Nascimento; CUNHA, Guilherme Antunes da. **Lições de processo civil**: execução: conforme o novo CPC de 2015. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. III.

A AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO (ART. 334 DO CPC/15) COMO MEIO DE RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

Gisele Mazzoni Welsch[1]

NOÇÕES GERAIS E PREVISÃO LEGAL

A audiência de conciliação ou de mediação tem previsão no artigo 334 do CPC/15 (Lei nº 13.105/15) e representa instituto apto a instrumentalizar a disposição da norma fundamental prevista no art. 3º, §§ 2º e 3º do novo diploma processual[2], que determina o comprometimento do Estado em promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

---

[1] Doutora e Mestre em Teoria da Jurisdição e Processo pela PUC-RS. Especialista em Direito Público pela PUC-RS. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica e Professora de Direito Processual Civil do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista do IPA – Porto Alegre - RS e de cursos de pós-graduação "lato sensu" em Processo Civil. Autora de diversas publicações, dentre elas, o livro "Legitimação Democrática do Poder Judiciário no Novo CPC" pela editora Revista dos Tribunais e o livro "O Reexame Necessário e a Efetividade da Tutela Jurisdicional" pela editora Livraria do Advogado, bem como capítulos de livros e artigos jurídicos em periódicos de circulação nacional. Advogada.

[2] **Art. 30** Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 1o É permitida a arbitragem, na forma da lei.
§ 2o O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
§ 3o A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Um dos princípios norteadores da aplicação do novo processo civil corresponde justamente ao dever de incentivo para as práticas de conciliação e mediação por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. Isso significa que todos os sujeitos do processo devem estar atentos e empenhados em buscar meios e viabilizar condições para a solução consensual de conflitos, visando à pacificação do conflito, bem como ao descongestionamento do Poder Judiciário de demandas judiciais, justamente visando à efetividade e celeridade do processo.

Assim, o CPC/15 incentiva o desenvolvimento e utilização de meios "alternativos"[3] ou adequados para a solução de conflitos. Tais instrumentos seriam as técnicas da mediação e conciliação, seja na via judicial ou extrajudicial, a negociação e a arbitragem.[4]

A novel legislação processual consagra o movimento da constitucionalização do processo, pois em seus dispositivos inaugurais (art. 1º ao 12º) estão dispostas as normas fundamentais, nas quais se percebe claramente a preocupação com a sintonia do processo com as regras e princípios constitucionais.[5]

---

[3] A nomenclatura empregada por grande parte da doutrina de técnicas ou meios alternativos para a solução consensual de conflitos deve ser questionada, uma vez que, frente às dificuldades e problemas impostos pela prestação jurisdicional, muitas vezes tais meios não se mostram como mera alternativa de obtenção de justiça no caso concreto, mas sim como veículo mais adequado e eficaz para a tutela do direito material pretendido ou envolvido.

[4] A arbitragem tem regulação legislativa própria em nosso sistema jurídico, originariamente pela Lei nº 9.307/96 e, mais recentemente, revigorada e ampliada pela Lei nº 13.129/15, a qual amplia o âmbito de aplicação da arbitragem e dispõe sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

[5] WELSCH, Gisele Mazzoni. *Legitimação Democrática do Poder Judiciário no Novo CPC* (Coleção Liebman). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 95.

Tal norma fundamental está intrinsecamente ligada à ideia de cooperação no processo, que configura outra importante diretriz normativa da nova lei processual civil, estampada no art. 6º.[6]

Com relação ao princípio da colaboração no processo civil, observam Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

> A adequada construção do modelo cooperativo de processo e do princípio da colaboração, que é a ele inerente, serve como linha central para a organização de um processo civil que reflita de forma efetiva os pressupostos culturais do Estado Constitucional. A colocação da colaboração nesses dois patamares visa a destacar, portanto, a necessidade de entendê-la como eixo sistemático a partir do qual se pode estruturar um processo justo do ponto de vista da divisão do trabalho entre o juiz e as partes no processo civil.[7]

Portanto, o mecanismo da audiência de conciliação ou de mediação consiste em previsão que visa a estimular a solução consensual dos litígios, concedendo à autonomia privada um espaço de maior destaque no procedimento, além de representar uma tendência mundial de abrir o procedimento comum para os meios alternativos de solução de disputas, tornando a solução judicial hipótese secundária de composição de litígios.[8]

É importante referir que a previsão dos negócios jurídicos processuais no âmbito do CPC/15, nos artigos 190 e 191[9], incentiva e viabiliza a possibilidade de convenções processuais, antes ou durante o processo,

---

[6] **Art. 6o** Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

[7] MARINONI, Luiz Guilherme. *O novo processo civil*/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 174.

[8] MARINONI, Luiz Guilherme. *O novo processo civil*/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 216.

[9] **Art. 190**. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades

na esteira da ideia de fornecer meios hábeis para a busca de soluções consensuais de conflitos, mesmo os de natureza processual. O art. 191 do atual diploma legal também oportuniza a escolha consensual de datas para a prática de atos processuais. Portanto, nesse sentido, é possível verificar a existência de regras relativas aos negócios processuais atípicos e à suspensão convencional do processo (Artigos 190 e 313, II CPC/15[10]).[11]

FORMA E PROCEDIMENTO

Quanto ao procedimento, determina a legislação processual civil em seu artigo 334 que se a petição inicial atender a todos os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido (art. 332), o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação (conforme matéria envolvida na lide apresentada), com antecedência mínima de trinta dias, devendo ser citado o réu com pelo menos vinte dias de antecedência. A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

Tal previsão, embora estipule um prazo mínimo para a designação da data, não prevê prazo máximo, o que poderá acarretar a demora na realização da audiência e o prolongamento do prazo para a apresentação da contestação, o que pode ferir a norma fundamental estatuída no art. 7º[12] quanto à paridade no tratamento das partes no processo.[13]

---

da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

[10] **Art. 313**. Suspende-se o processo: (...) II - pela convenção das partes;

[11] WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 16ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. V.2. p.133.

[12] **Art. 70** É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

[13] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenação). *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015. p. 569.

Assim, percebe-se que a realização da audiência de conciliação ou de mediação é a regra, também de acordo com o art. 27 da Lei 13.140/2015.[14]

O conciliador ou mediador (art. 165 e seguintes[15]) atuará necessariamente onde houver, considerando a existência do centro judiciário de solução consensual de conflitos, observado o disposto no art. 165, §§2º e 3º e as disposições da lei de organização judiciária.

Os princípios informadores são o da independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade, decisão informada. A confidencialidade abrange todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto expressamente pelas partes. Tal fato origina-se do dever de sigilo do conciliador e mediador, que se estende aos membros de suas equipes.

São admitidas a aplicação de técnicas de negociação, com o escopo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição. Porém é a livre autonomia dos interessados que deve reger o ato, inclusive quanto à definição das regras procedimentais (art. 166, § 4º[16]).

---

[14] MEDINA, José Miguel Garcia. *Guia prático do novo processo civil brasileiro*/ José Miguel Garcia Medina e Janaina Marchi Medina. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 89.

[15] **Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais**
Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.
§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.
§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.
§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

[16] **Art. 166**. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.
§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

Considerando que a realização da audiência está no âmbito da disposição conjunta das partes, elas podem celebrar negócio jurídico, no curso do processo ou antes dele, excluindo de antemão a realização de tal ato (art. 190).[17]

A não ocorrência da audiência deve ser exceção, nas hipóteses do § 4º do artigo 334[18], o qual deve ser interpretado em conjunto com o art. 166, *caput* do CPC/2015, no que diz respeito, sobretudo, à autonomia da vontade das partes.[19]

Dessa forma, está configurado o dever de o autor indicar, na petição inicial (art. 319, VII[20]), seu desinteresse na autocomposição, e o réu, por petição, apresentada com dez dias de antecedência, contados da data da audiência.[21] Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização do ato deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

---

§ 20 Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.
§ 30 Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.
§ 40 A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

[17] WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 16ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 129.

[18] § 40 A audiência não será realizada:
I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;
II - quando não se admitir a autocomposição.

[19] MEDINA, José Miguel Garcia. *Guia prático do novo processo civil brasileiro/* José Miguel Garcia Medina e Janaina Marchi Medina. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.p. 89.

[20] **Art. 319**. A petição inicial indicará: (...) VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

[21] Refere-se julgado do TJRS nesse sentido: Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. Trata-se de despacho de mero expediente, a determinação de **intimação da parte adversa, para que se manifeste sobre o interesse na realização de audiência de conciliação ou mediação (art. 334 do NCPC), sendo que, inclusive, havendo a manifestação expressa sobre o desinteresse em conciliar, a audiência sequer se realizará**. Descabe mandado de segurança contra despacho de mero expediente. PRECEDENTES DO TJRS E DO STJ. Petição inicial indeferida, com base no arts. 1º e 10, da Lei n.º 12.016/2009. MANDADO DE SEGURANÇA JULGADO EXTINTO. (Mandado de Segurança Nº 70069140218, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 19/04/2016)

O legislador deixa clara a opção favorável à autocomposição, uma vez que refere que ambas as partes devem expressamente manifestar o desinteresse na composição consensual. Assim, apenas uma parte manifestando-se contra a realização da audiência, o legislador prefere apostar na possibilidade de a conciliação ou de a mediação vencer a resistência ao acordo em audiência, ainda que tal fato gere uma delonga maior no processo (caso a conciliação ou mediação não restem exitosas) e acabe ofertando à parte ré possibilidade de tempo alargado para preparação de sua defesa, uma vez que o prazo inicial para a contestação apenas começa a correr da data da audiência (ou da última sessão) quando não for possível a autocomposição (hipótese do art. 335, I[22]).

No caso de litisconsórcio, apenas não haverá a realização da audiência se todos, no polo ativo ou passivo, se opuserem à sua realização (art. 334, § 6º[23]) e o prazo de defesa tem termo inicial autônomo para cada um deles (art. 335, § 1º).

A solenidade pode realizar-se por meios eletrônicos, nos termos da lei, e seguindo a lógica do novo diploma processual civil de priorizar atos eletrônicos quando possível, em razão da celeridade. (art. 334, § 7º).

---

[22] **Art. 335**. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data:
I - da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição;
II - do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4o, inciso I;
III - prevista no art. 231, de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos.
§ 1o No caso de litisconsórcio passivo, ocorrendo a hipótese do art. 334, § 6o, o termo inicial previsto no inciso II será, para cada um dos réus, a data de apresentação de seu respectivo pedido de cancelamento da audiência.
§ 2o Quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4o, inciso II, havendo litisconsórcio passivo e o autor desistir da ação em relação a réu ainda não citado, o prazo para resposta correrá da data de intimação da decisão que homologar a desistência.

[23] **Art. 334**. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. (...)
§ 6o Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

Se não houver comparecimento nem justificativa plausível do autor e do réu na audiência, é configurado ato atentatório à dignidade da justiça e haverá sanção com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado, considerando que a natureza dessa multa é punitiva, apesar de ter caráter pedagógico preventivo, no sentido de evitar o descomprometimento das partes com a tentativa de solução consensual do conflito.

A falta da audiência, portanto, é compensada pela cominação de pena pecuniária significativa, por meio da qual o legislador imaginou pressionar os litigantes a participar da busca de autocomposição.[24]

Não há que se falar em revelia, caso o réu não compareça à audiência. A revelia decorre da não apresentação de contestação (art. 344 CPC/15).

As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos, segundo § 9º do art. 334, porém a interpretação do referido dispositivo deve ser no sentido de que a ausência do advogado impede o ato? Há doutrina no sentido contrário.[25]

Segundo autorizada doutrina, não há incompatibilidade alguma entre a causa exigir a participação do Ministério Público e ainda assim comportar audiência de conciliação ou mediação.[26]

Poderá haver constituição de representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir (art. 334, § 10º). É importante referir que não se admite a utilização da procuração genérica com poderes para negociar: o documento deverá fazer referência expressa ao processo em que poderá ser realizada a negociação.[27] Havendo

---

[24] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria Geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Vol. 1. 57 ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P.796.

[25] Nesse sentido: Athos Gusmão Carneiro. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 15ª edição. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 70.

[26] WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 16ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 129.

[27] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenação). *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015. p. 572.

autocomposição, será reduzida a termo e homologada por sentença (art. 334, § 11º), constituindo título executivo judicial (art. 515, II) e podendo ser cobrada em procedimento executivo (cumprimento de sentença).

A pauta das audiências de conciliação ou de mediação deverá ser organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de vinte minutos entre o início de uma e o início da seguinte (art. 334, § 12º). Trata-se de previsão que tem por escopo a reserva de tempo mínimo para tentativa de conciliação ou de mediação no procedimento, devendo haver remarcação de uma segunda sessão, somente se o conciliador ou mediador julgar necessário, evitando procrastinações e custos infrutíferos.

CABIMENTO E MATÉRIAS PASSÍVEIS DE AUTOCOMPOSIÇÃO

Antes de se adentrar na questão específica e relativa às matérias e direitos passíveis de autocomposição e que podem se submeter à transação, é importante destacar a diferença entre a prática da conciliação e da mediação, conforme dispõe o art. 165, § § 2º e 3º já referidos.

O conciliador poderá sugerir soluções ao conflito, desde que não gere qualquer tipo de constrangimento ou intimidação. Atuará, preferencialmente, nos casos em que não houver prévio vínculo entre as partes (§ 2º do art. 165).

Já o mediador tem a função de instruir as partes, de modo que possam chegar à solução consensual, por si próprias (§ 3º do art. 165), atuando em hipóteses em que há histórico de conflito entre as partes e em que existe entre elas um liame que deve subsistir ao conflito, como por exemplo, no Direito de Família.[28]

Destarte, visualiza-se que na mediação de conflitos, um terceiro, um mediador, atua como facilitador da resolução do problema, contribuindo para o restabelecimento ou manutenção da comunicação entre as partes

[28] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenação). *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Artigo por artigo*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015. p. 569.

para que se possam chegar à solução da controvérsia que gerou o conflito. Por sua vez, na conciliação existe um terceiro, conciliador, que conduz e orienta as partes na elaboração do acordo, opinando e propondo soluções". Ainda na mediação o assistido conta com uma equipe de profissionais multidisciplinar para também ajudar na resolução do conflito relacional com a outra parte, como por exemplo, nas ações de família, conforme preceitua o procedimento especial previsto no art. 694, § único do CPC/15.[29]

Quanto à hipótese de cumulação de pedidos, quando alguns deles expressarem pretensões que comportam autocomposição, e outros, não, será cabível a audiência relativamente àquela parcela do objeto do processo que admite autocomposição.[30]

Nas ações em que uma das partes for pessoa jurídica de direito público, tradicionalmente, não se admitiria transação. No entanto, o novo CPC traz previsão no art. 174[31] da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração.

Nessa consideração, é oportuna a diferenciação entre direitos indisponíveis e os intransigíveis. Enquanto os direitos indisponíveis transigíveis detêm caráter patrimonial, os intransigíveis possuem estrutura de cunho ético e moral, o que inviabiliza um meio diferente do judicial para a solução de conflito.

---

[29] **Art. 694**. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.
Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

[30] WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 16ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 130.

[31] **Art. 174**. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:
I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;
II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;
III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

A grande dificuldade quanto à questão da disponibilidade de direitos ocorre quando em um dos polos do conflito se encontra o Poder Público com suas prerrogativas fundamentadas na ideia da primazia do interesse público, a qual precisa ser reformulada considerando o contexto atual de crise e dificuldades do Estado. Nesse sentido, já considerava Humberto Ávila:

> O interesse público e o interesse privado estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex., preâmbulo dos direitos fundamentais).[32]

Ainda é preciso referir que no âmbito administrativo, por exemplo, há vários casos de transações autorizadas por lei, como, os acordos em contratos administrativos (artigo 65 e 79, da Lei 8.666/1993), os acordos nos procedimentos sancionatórios do Cade (artigo 86, da Lei 12.529/2011). Outras hipóteses de direitos indisponíveis também admitem transação, a exemplo do acordo quanto ao valor e à forma de pagamento em ação de alimentos e o cabimento do compromisso de ajustamento de conduta em processos coletivos, hipótese em que o direito é indisponível (artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei 7.347/1985).[33]

Segundo Ravi Peixoto, em artigo pontual sobre o tema, o que parece ser o grande desafio não é a verificação da aptidão ou não dos entes públicos de fazer acordos, mas sim quais seriam as suas condições. Entende-se que a margem de liberdade para a realização de acordos pelo poder público é menor do que a existente para o setor privado. Acontece que, quando a situação envolve o poder público, tem-se a prévia exigência de autorização normativa para que membro da advocacia pública possa

---

[32] ÁVILA, Humberto Bergman, *Repensando o "Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado"*, in O Direito Público em tempos de crise,1999, PP.99-127.

[33] PEIXOTO, RAVI. *A Fazenda Pública e a audiência de conciliação no novo CPC*. In: http://www.conjur.com.br/2016-abr-07/ravi-peixoto-fazenda-audiencia-conciliacao-cpc. Acesso em: 07.09.16.

transigir em juízo. Algumas leis possuem autorizações genéricas, tais como o parágrafo único do artigo 10, parágrafo único, da Lei 10.259/2001 e o artigo 8º da Lei 12.153/2009.

Portanto, inexistindo autorização no referido ente para a autocomposição, a audiência de conciliação ou de mediação não será marcada, não pelo desinteresse das partes, mas pela inadmissão da autocomposição (artigo 334, parágrafo 4º, II, CPC/2015), do contrário, seriam marcadas um sem número de audiência que não teriam qualquer utilidade, eis que o procurador não teria autorização para fazer qualquer proposta de acordo.

Eis que surge o problema: como identificar os casos em que há ou não essa autorização, que pode ter sido feita por meio de ato não facilmente disponível ao público, em especial, ao Poder Judiciário?

Ravi Peixoto apresenta a seguinte solução, no espírito de seguir a lógica e proposta do novo CPC de viabilizar a ocorrência da audiência de conciliação:

> A melhor solução, no entanto, é a realização, entre os entes públicos e o Poder Judiciário, de protocolos institucionais. Por meio deles, de forma prévia a instauração dos conflitos, o próprio ente público já poderia informar ao Poder Judiciário em quais casos é ou não possível a autocomposição. Dessa forma, já na instauração do processo, não haveria necessidade de qualquer discussão sobre o cabimento ou não da audiência, ao menos do ponto de vista do artigo 334, parágrafo 4º, II, pois já se teria conhecimento dos casos em que o direito do ente público poderia ser alvo de autocomposição.
>
> Mesmo que não haja nenhum protocolo institucional, parece possível utilizar-se do conceito de fato notório judicial, que seria o fato que, embora desconhecido na vida social, é conhecido pelos magistrados, em geral, em razão do seu ofício, a exemplo de processos anteriores para que o juiz, mesmo quando o ente público seja réu, já faça o despacho da petição

> inicial com a indicação da citação para contestar e não para comparecer à audiência.[34]

Tal proposta parece bem consentânea com as diretrizes e normas fundamentais do CPC/15 de incentivo às práticas de conciliação, bem como de cooperação das partes no processo com a finalidade de obtenção de uma decisão de mérito justa, efetiva e adequada ou de uma solução consensual do conflito justa e adequada por via alternativa à prestação jurisdicional visando à concretização das premissas do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto Bergman. Repensando o "Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado". *In:* **O Direito Público em tempos de crise**,1999, p. 99-127.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares**. 15. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

FUX, Luiz; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil**: comparado – Lei 13.105/2015. São Paulo: Método, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia; MEDINA, Janaina Marchi. **Guia prático do novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC Código de Processo Civil**. Inovações, Alterações e Supressões comentadas. São Paulo: Editora Método, 2015.

MACEDO, Elaine Harzheim; MIGLIAVACCA, Carolina Moraes (Coord.). **Novo Código de Processo Civil Anotado**. Porto Alegre: ESA - OAB/RS, 2015.

PEIXOTO, RAVI. **A Fazenda Pública e a audiência de conciliação no novo CPC**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-07/ravi-peixoto-fazenda-audiencia-conciliacao-cpc>. Acesso em: 07 set. 2017.

[34] PEIXOTO, RAVI. A Fazenda Pública e a audiência de conciliação no novo CPC. In: http://www.conjur.com.br/2016-abr-07/ravi-peixoto-fazenda-audiencia-conciliacao-cpc. Acesso em: 07.09.16.

RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). **Desvendando o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **Legitimação Democrática do Poder Judiciário no Novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LIMITES E POSSIBILIDADE DO ACORDO EM DIREITOS INDISPONÍVEIS:EXAME DO ART. 3°, § 2° DA LEI N° 13.140/2015

Humberto Dalla Bernardina de Pinho[1]

Vamos, nesse texto, tratar de algumas questões que cercam o acordo envolvendo direitos indisponíveis. Algo que, até algum tempo atrás era um tabu no direito brasileiro, passa, agora, a ser expressamente permitido pela Lei n° 13.140/2015.

Contudo, antes de ingressar no exame do art. 3° da Lei da Mediação, é necessário abordar algumas questões necessárias à adequada compreensão do tema.

Iniciamos com a menção à consensualidade e à cooperação, notas marcantes do novo Código de Processo Civil brasileiro. Além do já citado artigo 6°, que prestigia o princípio da cooperação como norma fundamental do processo civil, o novo diploma legal traz diversas previsões com incentivo ao uso dos meios adequados de solução de controvérsia, notadamente a mediação e a conciliação (art. 3° e 334).

Ademais, o artigo 139, inciso V do CPC prevê que cabe ao juiz "promover, a qualquer tempo, a autocomposição", e o artigo 381, inciso II autoriza a

[1] Professor Titular de Direito Processual Civil na UERJ, IBMEC e Estácio. Martin-Flynn Global Law Professor at University of Connecticut School of Law. Diretor Acadêmico da FEMPERJ. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

produção antecipada de prova quando esta "seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito".

Esses exemplos ilustram a ideia do juiz como agente concretizador da política pública de solução de conflitos.

Além disso, o CPC de 2015 inovou ao introduzir no ordenamento jurídico brasileiro a figura das convenções processuais, que são negócios[2] jurídicos bilaterais.

Passamos a ter, agora, três possíveis convenções a serem inseridas nos contratos: convenção de arbitragem (art. 3º da Lei nº 9.307/96), pacto de mediação (art. 23 da Lei nº 13.140/2015) e negócios processuais (art. 190 do CPC). Quanto a esses últimos, além da cláusula geral do art. 190, temos, também os negócios típicos[3], previstos pelo legislador para determinadas situações específicas.

O parágrafo primeiro do art. 3º ressalva que a mediação pode versar sobre todo o conflito ou apenas parte dele. A exemplo do que já ocorre na arbitragem, as partes podem selecionar uma questão específica e submetê-la à mediação. Ou, no caso da cumulação de pedidos, indicar a mediação como ferramenta mais adequada para um deles e a arbitragem ou mesmo o processo judicial para o outro.

Ademais, importante observar os limites subjetivos para o cabimento de cada uma dessas convenções. Como é de conhecimento geral, o art. 3º da Lei de Mediação é um divisor de águas no que se refere à definição dos limites do acordo a partir da espécie de direito em jogo.

---

[2] "Negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais". DIDIER Jr., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. 2a ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 59.

[3] Típicos são aqueles previstos na própria lei, como, por exemplo, eleição de foro (art. 63), suspensão convencional do processo (art. 313, II), escolha consensual do mediador e do perito (arts. 168 e 471), saneamento consensual (art. 357, § 2º), adiamento da audiência (art. 362, I), distribuição diversa do ônus da prova (art. 373, §§ 3º e 4º), liquidação de sentença por arbitramento (art. 509, I), desistência de uso de documento cuja falsidade é alegada pela parte contrária (art. 432, parágrafo único) e etc..

É digno de nota que o legislador opta por impor apenas limites objetivos, não excluindo da mediação incapazes ou mesmo vulneráveis.

Assim sendo, nada impede que a mediação seja realizada acerca de direitos titularizados por menores ou incapazes, o que não é possível em outras ferramentas, como a arbitragem (ver art. 1º da Lei n 9.307/96, que neste ponto, pelo menos numa perspectiva literal, não foi alterado pela Lei nº 13.140/2015).

Ainda nessa perspectiva, as convenções processuais também não podem ser realizadas quando colocam em risco direitos daqueles que se encontram em manifesta situação de vulnerabilidade, nos exatos termos da parte final do parágrafo único do art. 190 do CPC. Não custa lembrar que vulnerabilidade[4] significa suscetibilidade, e pode ser examinada nos planos material ou processual, como bem salienta Fernanda Tartuce[5].

Feito esse breve introito, passemos ao exame do art. 3º da Lei nº 13.140/2015.

Para facilitar a compreensão do processo de amadurecimento do texto, apresentamos, abaixo, um quadro comparativo entre os dispositivos dos três Projetos de Lei que tramitaram no Senado e a redação do Projeto votado na Câmara e que antecedeu a redação definitiva adotada na Lei nº 13.140/2015.

---

[4] "Vulnerabilidade indica suscetibilidade em sentido amplo, sendo a hipossuficiência uma de suas espécies (sob o viés econômico). A suscetibilidade do litigante, porém, pode advir de outros fatores involuntários que o acometam; como vulnerabilidade pode decorrer da condição pessoal, é essencial adotar critérios objetivos para sua aferição. Traçar de maneira objetiva fatores que ensejam dificuldades adicionais para o litigante vulnerável e propor soluções é crucial para a igualdade real. A insuficiência econômica, também chamada de hipossuficiência, tem repercussão processual na medida em que impede ou dificulta a realização de atos processuais. Sempre que um sujeito processual não conseguir dar andamento ou atuar para defender seu direito por força de um óbice econômico, deve-se perquirir se é legítimo que ele sofra tal limitação em razão do obstáculo pecuniário e atuar de forma coerente com a resposta". TARTUCE, Fernanda. Vulnerabilidade Processual no novo CPC, artigo disponível no seguinte endereço: https://www.academia.edu/25885818/Vulnerabilidade_processual_no_Novo_CPC. Acesso em: 05 de junho de 2016.

[5] "Vulnerabilidade processual é a suscetibilidade do litigante que o impede de praticar atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária; a impossibilidade de atuar pode decorrer de fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório". TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. São Paulo: Método, 2012, p. 184.

PLS 517/11 - Sen. Ricardo Ferraço (mediação judicial e extrajudicial)	PLS 434/13 - Ministério da Justiça (mediação extrajudicial, judicial, pública e *on-line*)	Senado – PLS 405/13 – Min. Luis Felipe Salomão (mediação extrajudicial e *on-line*)	Projeto - versão Câmara dos Deputados - PL 7.169/2014
Art. 8º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele. .... Art. 7o É possível a mediação em todo e qualquer litígio submetido ao Poder Judiciário, desde que as partes a desejem de comum acordo ou que sua realização seja recomendada pelo magistrado, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou por outro sujeito do processo.	Art. 3o Pode ser objeto de mediação toda matéria que verse sobre direitos disponíveis ou de direitos indisponíveis que admitam transação. §1o Os acordos que envolvam direitos indisponíveis somente terão validade após a oitiva do Ministério Público, quando devida, e posterior homologação judicial. §2o O Ministério Público deverá se manifestar sobre o termo de mediação no prazo máximo de quinze dias. Art. 4o Esta Lei não se aplica aos conflitos que versem sobre: I - filiação, adoção, poder familiar e invalidade de matrimônio; II - interdição; III - recuperação judicial e falência; IV - medidas cautelares.	Art. 2º Pode ser objeto de mediação toda matéria que admita composição. §1º Os acordos que envolvam direitos indisponíveis deverão ser objeto de homologação judicial. §2º Quando houver interesse de incapazes, a oitiva do Ministério Público será necessária antes da homologação judicial. Art. 4º O início de processo arbitral ou judicial não implica, por si só, renúncia a se recorrer à mediação ou à conclusão de procedimento de mediação em andamento. Art. 3º Esta lei não se aplica à hipótese de o juiz, no âmbito de processo judicial, ou de o árbitro, no âmbito de processo arbitral, buscar facilitar a obtenção de uma solução acordada entre as partes para o conflito.	Art. 3o Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou de direitos indisponíveis que admitam transação. § 1o A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele. § 2o O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público. §3o Salvo em relação aos seus aspectos patrimoniais ou às questões que admitam transação, não se submete à mediação o conflito em que se discuta: I – filiação, adoção, poder familiar ou invalidade de matrimônio; II – interdição; III – recuperação judicial ou falência; IV – relações de trabalho.

Contudo, antes mesmo dessas iniciativas legislativas, é preciso lembrar a redação do antigo PL 4827/98. O Diploma dispunha, em seu artigo 4º, ser *"lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem"*.

Inicialmente, observa-se claramente uma dificuldade conceitual em todas as iniciativas legislativas: definir o alcance objetivo do acordo.

Diante da imprecisão do texto legal, remanescem as indagações: como definir, exatamente, o que seja um direito disponível? Como distingui-lo de um direito indisponível? Seriam esses conceitos estáticos ou dinâmicos, ou seja, um direito rotulado como disponível sempre se comportaria dessa forma? Ou talvez um mesmo direito pudesse assumir, simultaneamente uma e outra característica, dependendo do referencial?

Lembro-me de um exemplo frequentemente utilizado pelo Prof. Sergio Bermudes em suas palestras, por ocasião da Reforma Processual de 1994. Ele se referia ao direito aos alimentos como um direito dúplice, pois para o alimentante, ele se reveste de caráter disponível, ao passo que, para o alimentando, seria indisponível.

Como se isso não bastasse, interessante rememorar as discussões em torno dos direitos coletivos, que podem ser concomitantemente disponíveis (no plano individual) e indisponíveis (no plano coletivo). É o caso típico dos direitos individuais homogêneos. Os Tribunais Superiores enfrentaram inúmeras vezes essa questão, sobretudo quando tiveram que fixar os limites para a atuação do MP na tutela desses direitos[6].

---

[6] Apenas a título de exemplo: STJ, AgRg no REsp 280.505MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12112001, *Informativo STJ*, n. 116. STJ, 3ª T., REsp 58.682/95MG, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, disponível no *site* do STJ. STJ, REsp 207.336SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 512-2000, *Informativo* n. 81. STF, RE 163.231SP, *DJU*, 2962001, e STF, RE 213.015DF, rel. Min. Néri da Silveira, j. 842002, *Informativo STF*, n. 263. STJ, REsp 168.859RJ, rel. Min. Ruy Rosado, j. 651999. STJ, REsp 292.636RJ, rel. Min. Barros Monteiro, j. 1162002, *Informativo STJ*, n. 138. STJ, REsp 200.827-SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *Informativo STJ*, n. 144. STJ, REsp 298.432SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 3122002, *Informativo STJ*, n. 157. STJ, REsp 95.347SE, rel. Min. Edson Vidigal, *DJU*, 1º21999, p. 221. STJ, 2ª T., REsp 162.026-MG, rel. Min. Peçanha Martins, j. 2062002, *Informativo STJ*, n. 139. STJ, REsp 177.965PR, rel. Min. rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJU*, 2381999, p. 130. STJ, REsp 286.732RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 9102001, *Informativo STJ*, n. 112. STJ, REsp 220.256SP, rel. Min. José Delgado, *DJU*, 18101999, p. 215. STJ, REsp 332.331SP,

E a tormentosa discussão tende a ser reacendida diante dos lacônicos termos do art. 32, III da Lei de mediação, reproduzido no art. 174, III do CPC/2015, que prevê a admissibilidade de mediação no TAC, sem, no entanto, fixar limites quanto à legitimidade, alcance ou objeto, permitindo, ainda que em tese, transação sobre o próprio direito material[7].

Tudo isso reforça a tese de que há a necessidade premente de se determinar o alcance de cada uma das espécies de direito contempladas no art. 3º.

Vamos nos dedicar a essa tarefa nas linhas que se seguem.

Numa interpretação literal do referido dispositivo teremos direitos disponíveis e indisponíveis. Os disponíveis são sempre transacionáveis; os indisponíveis podem ou não admitir autocomposição.

Quanto aos disponíveis, é possível realizar a mediação extrajudicial. Para facilitar a compreensão, apresentamos, abaixo, as quatro hipóteses passíveis de ocorrência nesse caso:

a) o acordo é firmado na via extrajudicial por instrumento público e, automaticamente, se converte em título executivo extrajudicial, na forma do art. 784, II do CPC;

b) o acordo é firmado na via extrajudicial por instrumento particular e, se preenchidos os requisitos formais do art. 784, III do CPC, converte-se em título executivo extrajudicial;

c) o acordo é firmado na via extrajudicial e não preenche os requisitos do art. 784, III, mas atende ao disposto no art. 700 do CPC, ensejando o ajuizamento de ação monitória, no caso de descumprimento.

---

rel. Min. Castro Filho, j. 26112002, *Informativo STJ*, n. 156. STJ, REsp 419.187PR, rel. originário Min. Laurita Vaz, rel. p/acórdão Min. Gilson Dipp, j. 1542003, *Informativo STJ*, n. 170. STJ, REsp 146.483PR, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 522004, *Informativo*, n. 197. STJ, REsp 416.298SP, rel. Min. Ruy Rosado, j. 2782002, *Informativo STJ*, n. 140. STJ, REsp 240.033CE, 1ª T., rel. Min. José Delgado, j. 1582000, *Informativo*, n. 66. STJ, REsp 267.499SC, rel. Min. Ari Pargendler, j. 9102001, *Informativo*, n. 112.

[7] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da lei de mediação no compromisso de ajustamento de conduta, in Revista de Processo, vol. 256, ano 41, jun./2016, Revista dos Tribunais: São Paulo, pp. 371/411.

d) o acordo é firmado na via extrajudicial e as partes desejam submetê-lo à homologação judicial para obter maior grau de segurança jurídica, o que pode ser feito na forma dos arts. 725, VIII c/c 515, III, mesmo que o documento já ostente os requisitos mínimos para constituir título executivo extrajudicial (art. 785).

Por outro lado, pode o acordo ser firmado na via judicial, ou seja, na pendência de uma demanda já ajuizada. Nesse caso, caberá ao magistrado homologá-lo (art. 334, § 11, 515, II, e 487, III, "b"), ainda que venha a envolver sujeito estranho ao processo ou versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo (art. 515, § 2º).

Vejamos agora os direitos indisponíveis. Primeiramente temos os direitos indisponíveis não transacionáveis. Nesses casos, haverá ou uma expressa norma proibindo o acordo, ou ainda a violação a um direito fundamental, o que deverá ser apreciado pelo magistrado no caso concreto, já que tais acordos necessitam da homologação judicial, precedida da oitiva do Ministério Público, para que possam produzir seus efeitos.

Assim sendo, caso o juiz entenda que as partes se excederam, e avançaram sobre matéria que não se encontra dentro de sua esfera de disposição, deverá recusar a homologação.

Podemos dizer, então, que se for feito acordo sobre direito indisponível não transacionável, tal avença será nula de pleno direito.

Como exemplos podemos citar os seguintes dispositivos legais:

a) art. 1.609 do Código Civil (O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável).

b) art. 39, § 1º da Lei nº 8.069/90 (a adoção é medida irrevogável).

c) arts. 1º e 9º da Lei nº 9.434/97 (autorizam a disposição apenas gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano em vida para fins terapêuticos e de transplante).

Qualquer acordo de vontades que contrarie expressamente tais dispositivos legais será nulo.

Por outro lado, na hipótese dos direitos indisponíveis transacionáveis, o acordo pode ser alcançado nas vias judicial ou extrajudicial, mas enquanto não for submetido ao crivo judicial não poderá produzir seus efeitos. Em outras palavras, a homologação é condição de eficácia do acordo.

Como se percebe facilmente, diante da imprecisão conceitual, há o risco de que o magistrado não homologue um acordo após um longo e complexo procedimento de mediação versando sobre direitos indisponíveis. Basta que o juiz considere o direito indisponível não transacionável.

Nesse caso, ele proferirá decisão interlocutória recusando homologação (art. 334, § 11, a contrario sensu). O grande problema aqui é que essa hipótese não está, em princípio, prevista no art. 1.015 do CPC, o que nos levaria, numa primeira leitura, à conclusão de que tal ato do juiz seria irrecorrível, ao menos naquele momento. Poderiam as partes, futuramente, por ocasião da sentença, apelar e trazer essa questão nas razões ou nas contrarrazões do apelo, nos exatos termos do art. 1.009, § 1º.

Contudo, pensamos nós, que se na decisão o juiz recusar a homologação sob o argumento de que o direito não admite autocomposição, isso equivale a uma decisão interlocutória de mérito e, nessa hipótese, a via do agravo de instrumento se mostra cabível nos exatos termos do art. 1.015, II (decisão sobre o mérito).

Por outro lado, se a recusa da homologação se prende a ausência de um requisito formal, como por exemplo a ausência de assistência de advogado, ou mesmo ausência de representação ou assistência no caso do incapaz, a decisão resta não agravável, podendo ser atacada, apenas, nos restritos limites dos embargos de declaração, na forma do art. 1.022.

Dois outros dispositivos da Lei de Mediação têm pertinência direta com o art. 3º, § 2º: o art. 23, que trata do pacto de mediação, e o art. 2º (ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação).

Como já referimos, a Lei de Mediação acrescenta uma terceira hipótese de convenção, que consiste na necessidade da tentativa de acordo via

procedimento de mediação antes de ser provocada a jurisdição estatal, ou instaurada a instância arbitral.

Numa interpretação literal, a primeira parte do comando do art. 23 revela que é possível a inserção de cláusula contratual segundo a qual as partes se comprometem a não iniciar procedimento judicial ou arbitral por certo prazo ou até o implemento de condição.

Trata-se de manifestação concreta da técnica da advocacia colaborativa. Em determinadas situações, é saudável que sejam esgotadas todas as ferramentas conciliatórias antes da adoção de uma solução impositiva[8].

Antes que se pense que o dispositivo pode gerar embaraços ao princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, não custa lembrar que, como já deixamos claro em outra oportunidade[9], adotamos uma concepção mais ampla da jurisdição de forma que nesse momento, mesmo que não provocado o judiciário, já haverá jurisdição em sentido lato, observada a nova dimensão dada pelo art. 3º do CPC.

Ademais, como uma precaução salutar, o parágrafo único desse dispositivo ressalva que a norma não se aplica às medidas de urgência, ou seja, àquelas na quais o acesso ao Poder Judiciário é necessário para evitar o perecimento do direito. Obviamente estão incluídas aqui as modalidades de urgência previstas no art. 300 do CPC/2015, ou seja, a cautelar e a antecipatória (quanto a essa última, tanto na forma antecedente como na incidental).

---

[8] "Se o contrato compreende três fases (pré, contratual e pós-contratual), a cláusula de mediação tem a eficácia necessária para garantir a melhor alternativa para a finalização da fase contratual e da pós-contratual, na medida em que por ser um processo de autocomposição, não adversarial, autônomo, a condução destas fases por um mediador privado pode levar as partes para um novo enquadramento que as separem do conflito original para uma resolução de nova adaptação de seus interesses, seja ou não com a manutenção das suas relações comerciais ou sociais". SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. A aderência da cláusula de mediação nos contratos sob a ótica dos princípios contratuais - efetividade privada versus judicialização, in Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 46, jul.-set./2015, p. 181.

[9] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. STANCATI, Maria M. S. Martins. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do Código de Processo Civil de 2015. Revista de Processo, v. 254, abr./2016, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 20.

A segunda parte do art. 23 da Lei da Mediação prevê a consequência processual do não atendimento a essa convenção. Assim, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado.

Não obstante o silêncio do legislador, estamos em que a inobservância do pacto revela clara violação ao dever de colaboração, fato esse que deverá ser examinado pelo magistrado quando do ajuizamento da demanda. Importante observar que em certas hipóteses é possível identificar, claramente, ou o atendimento a esse dever ou a sua violação. Veja-se, por exemplo, o art. 29 da Lei da Mediação, que prevê a isenção das custas caso o acordo seja alcançado antes da citação do réu.

Trata-se, a nosso ver, de medida indutiva, na forma do art. 139, IV do CPC/2015, ou seja, norma que visa não a sanção, mas sim a premiação daquele que se desincumbiu satisfatoriamente do dever de colaboração.

Por outro lado, aquele que dolosamente viola o comando do art. 23 da Lei da Mediação está a merecer medida sancionatória, na medida em que houve direta e nítida violação à disposição contratual inserida por expressa manifestação de vontade de ambos os contratantes.

Seria cabível, aqui, por interpretação extensiva, a imposição da multa do art. 81 do CPC/2015.

Ressalte-se, por fim, que a norma do art. 23 deve ser interpretada em consonância com o disposto no art. 2º, também da Lei de Mediação, segundo o qual ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

Como o texto legal utiliza a expressão "permanecer em procedimento" e não "iniciar o procedimento" parece intuitivo que é obrigatório o comparecimento à primeira sessão, denominada por alguns de pré-mediação ou sessão preparatória[10].

[10] ALMEIDA, Tania. *Caixa de Ferramentas em Mediação*. São Paulo: Dash, 2014, p. 39.

Feitas essas ponderações, podemos afirmar que a ideia da mediação envolvendo direitos indisponíveis se coloca dentro de um movimento de expansão do uso dos meios de obtenção de consenso, dentro da lógica de economia processual, efetividade, celeridade, adequação e real pacificação do conflito.

Ademais, a mediação não é meio alternativo à via judicial e nem esta é alternativa a primeira. Todos os meios de resolução de conflito se complementam num sistema integrado, assim como expresso no art. 3º do CPC/2015, que deve abarcar também as hipóteses de desjudicialização, na medida em que essas ferramentas se afinam com a ideia do uso racional dos meios judiciais.

Nesse passo, a aproximação entre o Poder Judiciário e os meios adequados de resolução de conflitos revela um grau maior de acesso democrático à via jurisdicional tradicional, bem como impõe a releitura do conceito clássico do interesse em agir. Começa a se consolidar a ideia de que as partes, antes do ajuizamento da demanda, devem tentar ao menos uma forma de solução amigável do problema.

Minimamente, devem demonstrar ao magistrado, na inicial, que tentaram um contato no sentido de esclarecer o fato ou mesmo desenhar possíveis alternativas à satisfação da pretensão. Essa prática está em perfeita sintonia com a ideia de cooperação, efetividade e duração razoável do processo, e não deve ser confundida com a antiga ideia de "esgotamento" das vias administrativas antes do ajuizamento da demanda. Nesse sentido, como apontado ao longo do trabalho, os Tribunais Superiores já têm redimensionado a figura do interesse em agir.

De outro lado, exsurge a figura do juiz como agente de filtragem de conflitos, cabendo a ele identificar, num ambiente cooperativo, a ferramenta mais adequada e capaz de levar à pacificação do litígio. Em outras palavras, a jurisdição pacificadora se consolida a partir do binômio acessibilidade plena e intervenção mínima ou secundária. Esse

binômio permite o acesso qualificado à justiça, ou seja, o uso racional dos instrumentos jurisdicionais.

Uma outra decorrência dessa ideia é a noção de um Poder Judiciário monitorador. Como há um sistema estruturado com múltiplas ferramentas, não há necessidade, em muitos casos, da intervenção automática ou imediata, o que não significa dizer que o Judiciário não deva acompanhar com atenção aquele caso.

Há muito já temos manifestações práticas desse conceito. A própria figura da audiência de justificação, prevista no art. 300, § 2º do CPC/2015, ou mesmo a denominada "audiência especial" muitas vezes designada em varas de família ou nos juizados especiais, servem para que as partes saibam que a questão já está sob exame do juiz, com participação do Ministério Público e da Defensoria Pública, muitas das vezes. Isso passa ao jurisdicionado uma noção de segurança, ao mesmo tempo em que o instrumento pode ser mais bem explorado, sobretudo para a proposta de convenções, calendarização ou mesmo uso das ferramentas de obtenção de consenso.

Nessa linha, e retomando o conceito de instituição de uma política pública de uso dos meios adequados para a solução dos conflitos, podemos dizer, também, que cabe ao Poder Judiciário uma função pedagógica, educativa e aconselhadora, o que, mais uma vez, se afina com o conceito de jurisdição cooperativa.

Contudo, é necessária prudência, na medida em que somos uma democracia constitucional jovem, pelo menos para os padrões europeus, e a figura do acesso à justiça ainda não está integralmente consolidada entre nós, na medida em que muitos brasileiros ainda não têm o pleno acesso aos mecanismos de proteção dos seus direitos, principalmente por causas externas ao Poder Judiciário, como a miséria, a ausência de condições básicas de educação, saúde e saneamento, e mesmo pela falta de informações adequadas.

Isso justifica a ideia de uma audiência com comparecimento obrigatório das partes para que sejam esclarecidas acerca das ferramentas utilizáveis para tentar a composição do seu conflito. Nesse passo, são plenamente justificáveis o cabimento de sanção para a parte que falta sem justificativa à audiência de conciliação ou de mediação (art. 334, § 8º), a previsão da audiência de mediação ou de conciliação como etapa necessária das ações de família (art. 695 do CPC/2015), a designação de audiência de mediação no litígio coletivo pela posse de imóvel (art. 565), e mesmo as disposições previstas nos arts. 2º, § 2º (ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação) e 23 (pacto de mediação) da Lei nº 13.140/2015.

Assim sendo, toda a discussão acerca da "obrigatoriedade" da mediação parece ficar esvaziada. O legislador brasileiro, com extrema sabedoria e sensibilidade, opta por um sistema intermediário entre a mediação facultativa e a obrigatória, acolhendo a ideia de acesso adequado à justiça e a racionalização dos instrumentos de composição do litígio.

Essa primeira audiência tem, ainda, uma finalidade muito importante. Se bem conduzida, por profissional treinado, operoso e justamente remunerado, pode despertar nas partes a compreensão da necessária distinção entre suas posições (manifestações externas do conflito) e interesses (reais desejos), de forma a construir um feixe maior de possibilidades de acordo. Isso é expressamente admitido pelo art. 515, § 2º do CPC/2015 (a autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo).

Contudo, a importação dos meios de obtenção do consenso para o processo judicial pode produzir alguns efeitos colaterais. Idealmente, toda a atividade de busca do acordo deveria preceder o processo judicial. Como isso ocorre na minoria das hipóteses, nosso direito processual precisou se aparelhar para acolher o sistema multiportas, fazendo as necessárias adaptações.

Trata-se de um "transplante" de uma atividade tipicamente extrajudicial para o meio judicial. Entretanto, essa medida, nessa quadra do estágio evolutório do direito brasileiro, é absolutamente necessária, até mesmo como forma de legitimar o uso dos meios adequados perante o jurisdicionado.

Para o bem e para o mal, ainda é muito forte a ideia de que o juiz é o único que pode resolver o problema. É ainda alto o nível de dependência das partes da solução imposta ou mesmo homologada pelo magistrado. Assim sendo, parece-nos temerário conduzir uma mudança radical e abrupta nesse componente cultural de nossa sociedade. Mudanças desse jaez devem ser feitas lentamente, com permanente monitoramento, auscultando a sociedade organizada e mantendo sempre aberto o diálogo com as demais instituições.

Por fim, podemos dizer que o perfil pacificador mitiga a ideia da indisponibilidade absoluta de certos direitos, na medida em que, agora, o art. 3º § 2º da Lei nº 13.140/2015 passa a admitir, expressamente, a transação para certos direitos indisponíveis.

No mesmo sentido, o interesse público passa também por uma releitura, já que a Fazenda pode submeter seus conflitos à mediação (art. 32 da Lei nº 13.140/2015) e mesmo à arbitragem (art. 1º, § 1º da Lei nº 9.307/96, com redação dada pela Lei nº 13.129/2015), além de poder, também, convencionar sobre o procedimento (art. 190 do CPC/2015).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *In*: **Revista de Processo**, São Paulo, n. 195, 2010.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve noticia sobre la conciliación em el proceso civil brasileño. *In:* **Temas de Direito Processual**, 5. Série. Rio de Janeiro: Saraiva, 1994, p. 95-101.

_____. Privatização do Processo? *In:* **Temas de Direito Processual**, 7. Série. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001, p. 7-18.

CAPPELLETTI, Mauro [s/ indicação de tradutor]. Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 74, 1994, pp. 82-97.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Mezzi Alternativi de Tutela e Garanzie Costituzionali. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 99, p. 249-293.

FISS, O. M. **Against Settlement**, 93 Yale Law Journal 1073-90, may 1984.

FULLER, Lon. **The forms and limits of adjudication**, 92 Harvard Law Review, 353, 1978.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no Contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAIS, José Luis; MARION SPENLGER, Fabiana. **Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PELUSO, Antonio Cezar. RICHA, Morgana de Almeida [coordenadores]. **Conciliação e Mediação**: estruturação da política judiciaria nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Marco Legal da Mediação no Brasil. *In*: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. **Justiça Federal**: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 35-90.

_____. Reflexiones sobre la mediación judicial y las garantías constitucionales del proceso. **Revista Confluencia**: Análisis, Experiencias y Gestión de Conflictos, v. 2, 2014, p. 74-88.

_____. The Legal Framework of Mediation in Brazilian Law. **Panorama of Brazilian Law**, year 2, number 2, 2014, p. 113-141.

_____. Audiência de conciliação ou de mediação: o art. 334 do CPC/2015 e a nova sistemática do acordo judicial. *In:* LUCON, Paulo Henrique dos Santos *et al*. **Processo em Jornadas**. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 445-453.

_____. O Histórico da Lei de Mediação Brasileira: do Projeto de Lei 94 à Lei nº 13.140/2015. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, a. 12, n. 46, jul./set. 2015, p. 123-139.

_____; HALE, Durval. CABRAL, Tricia. **O Marco Legal da mediação no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015.

_____; MARQUES, Paula Menna Barreto. Os meios adequados de solução de conflitos e o novo Código de Processo Civil: a conciliação, a mediação e a arbitragem . *In*: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Inovações do Código de Processo Civil de 2015**. Rio de Janeiro: GZ, 2016, p. 247-270.

_____; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os Desafios para a Integração entre o Sistema Jurisdicional e a Mediação a Partir do Novo Código de Processo Civil. Quais as Perspectivas para a Justiça Brasileira? *In*: REZENDE, Diogo. PELAJO, Samantha. PANTOJA, Fernanda (org.). **A Mediação no Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 11-42.

_____; STANCATI, Maria M. M. S. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do código de processo civil de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 254, 2016, p. 17-44.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

DA ORDEM DA JUSTIÇA IMPOSTA À ORDEM DA JUSTIÇA NEGOCIADA: EM BUSCA DE UM MODELO "IDEAL" DE JUSTIÇA

Jânia Maria Lopes Saldanha[1]

INTRODUÇÃO

Nosso objetivo não será descrever, tampouco explicar os meios representativos do hoje denominado sistema multiportas, como a arbitragem, a conciliação e a mediação. Sabendo que eles não são novos, nosso objetivo não será dizer que são opostos à justiça, até mesmo porque, fazem parte das práticas desta. Compõem, portanto, o quadro de uma justiça que pretende ser plural. Isso não impede, porém, que analisemos o papel que ocupam no contexto da solução de conflitos em nosso País.

O papel da academia, como há de ser reconhecido, é o de analisar os fenômenos, perscrutá-los e fazer a crítica. É, assim, nas melhores escolas do mundo. Acima de tudo, nossa maior atribuição talvez seja a de ter a sabedoria de exercer a hermenêutica da suspeição excelentemente tratada por Foucault, Ricouer e Boaventura de Sousa Santos. Pensar sobre o que

[1] Doutora em Direito. Realizou estágio sênior entre 2014 e 2015 no IHEJ – Institut des Hautes Études sur la Justice, em Paris. Coordenadora e Professora do PPG em Direito e do Departamento de Direito da UFSM. Este texto corresponde à palestra proferida no II Simpósio de Processo da PUCRS, ocorrido nos dias 28 e 29 de setembro de 2018.

pode estar escondido por trás de algumas mudanças poderá nos fazer concluir o tanto que elas a despeito de mudarem, mantém; o quanto o sistema que muda pode funcionar como instrumento dos interesses de outros sistemas ou; o quanto a mudança pode ser emancipadora.

Buscando provocar o debate, olhando para além do visível, esta exposição tratará de refletir sobre o percurso de instituição de uma nova simbologia e que está relacionada ao sistema multiportas ou aos ainda chamados "meios alternativos de solução de conflitos". O veredito representado pelo martelo cede lugar à palavra, às negociações e, porque não, ao contrato.

Assim, na primeira parte trataremos de refletir sobre a passagem paulatina do modelo de justiça imposta, representada pela decisão para, na segunda parte pensarmos acerca da instituição de uma nova ordem, a da justiça negociada que traz como consequência uma mudança profunda na simbologia judiciária herdada.

DA ORDEM DA JUSTIÇA IMPOSTA ÀS SUAS CRISES

A judicialização dos conflitos e que afasta o modelo processual do modelo dos contratos – herdados da *litiscontestatio* romana - aparece na Europa por volta dos séculos XIII e XVI. Tal dissociação encontra como causa a necessidade que o poder real tinha, como no caso da França, de encontrar na justiça a força para consolidar a monarquia contra os poderes feudais e contra a Igreja.[2]

A Revolução francesa, como é sabido, causou um impacto sobre essa ordem das coisas. Os juízes, servis aos reis, foram duramente limitados em seus poderes diante da desconfiança da burguesia em sua imparcialidade e independência. Por isso que, já no final do século XVIII e por razões essencialmente ideológicas, as formas amigáveis de solução de conflitos foram adotadas naquele País. Tão forte foi a resistência ao

[2] CADIET, Loic. *Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français*. Disponível em: http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr28/CADIET2.pdf, p. 151.

processo conduzido por um juiz que o francês Louis Prugnon, à frente da Assembleia Nacional em 1790 disse que: "Rendre la justice n`est que la seconde dette de la societé. Empêcher le procès c`est la première..."[3]

Entretanto, ainda que o modelo de processo francês tenha sido marcado por essa forte restrição, o que faz com que o judiciário da França esteja, até o tempo presente, atrelado ao Ministério da Justiça, não seja um poder completamente independente e autônomo e o processo seja considerado no conjunto das disciplinas jurídicas como de menor importância, a produção jurídica europeia dos romanistas do século XIX, sobretudo alemães e italianos, foi decisiva para a construção do direito processual como um ramo autônomo do direito e, assim, contribuiu para a transmissão dessa herança aos países colonizados da América Latina.

Seria extremamente cansativo e penoso repetir, dado os limites deste texto, o tanto destas influências teóricas. Bem sabemos que a elaboração doutrinária dos principais pilares do direito processual como os da jurisdição, ação, processo e defesa foi lapidada ao longo da segunda metade do século XIX e ingressou no século seguinte já sendo desafiada pelos movimentos sociais, pela reivindicação de novos direitos e pelos esforços em consolidar um determinado e conhecido modelo econômico e um tipo diferente de sociedade.

Se foi difícil dar autonomia científica ao direito processual no conjunto dos países latino-americanos, herdeiros massivos da tradição civil e ante a força do direito privado, não se pode esquecer que nestas terras os movimentos de independência frutificaram e, em razão disso, os Estados buscaram consolidar sua autonomia em relação aos colonizadores. Era visceralmente necessário criar uma burocracia e um aparato institucional que pudesse ser capaz de dar respostas às demandas emergentes das intensas e profundas transformações econômicas, políticas e sociais que se passou a experimentar.

---

[3] Id., ibid.

Ora, estabelecer os princípios e institutos para que a justiça funcionasse e decidisse os conflitos responderia à necessidade emergente dessas novas sociedades. De fato, o processo surge como o campo apropriado para as novas elites produtivas resolverem seus conflitos.

A judicialização dos conflitos encontrava no modelo de processo herdado da fase tardia do direito romano – previsível e que limitava os poderes dos juízes – a instância para reafirmar os poderes estatais e consolidar o modelo econômico. Luminosa é a lição de Mirjan Damaska quando diz que o modelo de processo que temos não está desconectado do modelo de Estado. Pode ele, então, ser ativo ou reativo como podemos comprovar da hermenêutica mais ativista ou centrada na lei que atores do processo desenvolvem.

Para avançar no debate é preciso não esquecer os dois grandes modelos que decorreram de escolhas ideológico-políticas e que delinearam, em um primeiro momento, os sistemas judicias dos países democráticos.

O primeiro modelo acompanha o surgimento dos códigos civis da primeira metade do século XIX, na Europa. Trata-se de um modelo de processo estritamente ligado ao modelo liberal de Estado e à sociedade industrial que então surgia com plena força. Nesse tempo, o direito era considerado um sistema fechado de regras técnicas que tentava aproximar-se da realidade por meio de categorias próprias. Isso não significa dizer, entretanto, que respondia os problemas mais prementes da vida em sociedade. Aqui, os juízes apenas confirmavam as palavras de Montesquieu de que os juízes não passavam de "la bouche de la loi". Tratava-se de um direito que evitava interferir no econômico, no político e no doméstico, cada campo determinado, respectivamente, pelo mercado, pela representação e pela autoridade paterna.[4]Os arranjos dessa sociedade do "laisser faire" e da mão invisível do mercado não tardaram a sofrer oposição.

---

[4] GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas*. Lisboa: Piaget, p. 240.

A força das coisas fez aparecer o segundo modelo. Absenteísta até o primeiro quarto do século XX, o Estado interventor emerge e passa a regular amplamente as esferas sociais com o fim de proporcionar o máximo bem-estar na forma de um Estado-providência. A igualdade formal cede passo à busca da igualdade material e as instituições judiciárias, por meio do processo, assumem a responsabilidade de assegurar a realização dessa igualdade substancial e os juízes adotam o sentido performativo de um "salvador" destinado a corrigir as injustiças.

Tais determinações demarcaram reformas processuais de vários sistemas jurídicos voltadas não apenas a consolidar a burocracia judiciária quanto também para desafiar os atores jurídicos tradicionais a reinventarem-se na medida em que as tensões e lutas da sociedade passaram a ser canalizadas para a justiça. Procedimentos adequados às demandas, abertura à complexidade, diálogos com saberes interdisciplinares são apenas alguns exemplos dos desafios que se apresentaram aos sistemas de justiça neste modelo. Mas foi nele que a razão instrumental prevaleceu, na medida em que menos respeitar princípios e mais dar soluções para alcançar-se determinados fins era a meta.

A emergência dos Estados democráticos de direito após o fim da segunda guerra mundial e o fim das ditaduras na América Latina, inaugurou esse terceiro modelo de Estado, em que os direitos fundamentais assumiram a condição de centralidade no constitucionalismo. O sistema de justiça necessariamente passou a ser um garantidor/efetivador desses direitos fundamentais, o que passou a praticar com o uso de um conjunto de instrumentos processuais adequados a esse fim previstos nas Constituições e nas leis infraconstitucionais. A jurisdição constitucional das liberdades passa a ser invocada seja para tutelar violações individuais e coletivas de direitos fundamentais, quanto para salvaguardar a constitucionalidade das leis.

Como nenhum fenômeno novo pode ser compreendido isoladamente, há que ser lembrado que o modelo econômico liberal e que dependia da força da lei, converte-se na década de 70 do século XX no modelo

neoliberal cujo principal motor e símbolo é a concorrência. Institui-se, devastadoramente, a sociedade de consumo, alteram-se os padrões de produção e de serviços e as novas tecnologias de informação e comunicação produzem como efeito máximo a destemporalizão e desespacialização das relações humanas.

Seria, novamente, muito cansativo enveredar por essa análise. É suficiente dizer que os novos direitos, os novos modelos de relações privadas e públicas produziu novos tipos de conflitos. No âmbito interno, os sistemas de justiça conheceram a invasão das demandas em busca das decisões impostas pelos juízes, não apenas confiáveis, mas também ajustadas às crenças do homem ocidental na onipotência do julgador, mestre de todos os mestres. Mas não apenas por isso. Nas emergentes democracias o déficit funcional do poder executivo, herdeiro do modelo imperial de fazer política e ineficiente em promover políticas públicas de Estado para efetivar direitos fundamentais, estimulou a sociedade a buscar perante o Poder Judiciário a satisfação dos mesmos. Certamente a linha ascendente das demandas tornou-se não apenas uma desafiadora realidade quanto fomentou a que a crise de justiça não tardasse a dar sinais. Afinal, como referiu a Professora Paula Costa e Silva, em muitos países onde essa crise chegou, a ignorância da natureza essencial da justiça impediu que fossem realizadas reformas capazes de debelá-la.[5]

Antevendo o que mais tarde seria agravado, Mauro Cappelletti e Brian Garth mapearam nos cinco continentes as razões da crise que a justiça já enfrentava no final da década de sessenta do século XX, identificando como estando à sua base, a burocracia da justiça, a representação judicial dos pobres e a defesa dos direitos coletivos. Os Estados por meio de reformas também buscaram dar respostas a elas.

Porém, a inexorabilidade da emergência de novos direitos e a consciência de sua existência oportunizou a explosão inédita das demandas

---

[5] COSTA e SILVA, Paula. *A nova face da justiça-Os meios extrajudiciais de resolver controvérsias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 19-20.

em juízo e, com elas, a crise agudizou-se, o modelo de justiça imposta foi colocado em questão e, em muitos países, buscou-se a saída nos meios alternativos de solução de conflitos. Essa foi a primeira razão que imprimiu movimento em direção à mudança sendo motivo de sedução principalmente para as empresas que buscavam resolver seus conflitos de maneira mais rápida, menos custosa e mais previsível.

Contudo, há que se identificar uma segunda razão, mais profunda do que a anterior. Foi o Estado que sofreu uma significativa transformação, como frisou Jacques Chevallier[6]. Ele deixou de ser o que era, a lei produzida por ele deixou de ser o centro de universo jurídico.

O fenômeno da concorrência normativa[7] é disso uma indesmentível evidência. O declínio do legicentrismo ocorreu na mesma medida em que o modelo econômico neoliberal passou a determinar que a força do paradigma da concorrência provinha da contratualização da sociedade, em geral, e da contratualização da solução dos conflitos, em particular. A expansão da arbitragem e a criação de leis específicas nessa matéria, como a lei brasileira do ano de 1996, confirmam essa razão.

Assim, a passagem do modelo de justiça imposta para o da justiça negociada acompanhou as dinâmicas do modelo econômico neoliberal. Se o modelo de justiça ritual, a qual correspondem as formas procedimentais dos processos, permanece até os dias atuais e ainda espera-se muito do juiz, mesmo assim é possível dizer que outras formas de solução dos conflitos passaram a concorrer com esse modelo tradicional e herdado de processo. Novos atores chegaram para confrontar a busca pela sentença com a habilidade de negociar, de transigir e de acordar, em cujo cenário o que menos se faz presente é a aplicação da lei. Mas, mais do que tudo, há um fator antropológico inolvidável: foi necessária uma

---

[6] CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

[7] BERMAN, Paul Schiff. Le nouveau pluralisme juridique. *Revue Internationale de Droit Economique*. 2013/1. Tomo XXVII, p. 229-256. Disponível em: https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2013-1-page-229.htm.

profunda transformação na própria economia do sujeito que, a partir de então, é tomado como um sujeito racional, capaz de fazer e de gerir suas próprias escolhas.

Ora, se ao primeiro olhar os meios alternativos de solução de conflitos, agora normatizados no CPC de 2015, quanto na Lei 13.140/2015 – a Lei de Mediação – , foram adotados ao longo do tempo para resolver o problema do congestionamento, dos custos e do tempo do processo, é preciso perscrutar, mais profundamente, o quanto essa transformação está associada a uma forte dose de desinstitucionalização do papel da autoridade, assumido pelo Estado e que, no caso da justiça imposta e instituída, repousa na figura do juiz.

Ainda que a mediação e a conciliação como será visto, desenrolem-se "à sombra dos tribunais"[8], o deslocamento do centro decisório calcado no juiz para o espaço "negociado" pode trazer como risco aos "sujeitos racionais" que são as partes envolvidas no conflito, o estado de "desemparo" freudiano associado à ideia de dependência prolongada dos filhos em relação aos pais porque o "filho do homem é jogado em um mundo inacabado"[9]. A hermenêutica da suspeição – para lembrar Ricouer e Foucault – deve nos levar a duvidar apenas das boas razões para colocarmos então em questão a busca da produtividade quantitativa que nos tem sido imposta como um valor cardinal e que relega a um plano secundário a dimensão qualitativa que deve permear a solução dos conflitos. Mas mais do que isso, como também ressaltou Paula Costa e Silva[10], em que medida efetivamente os custos serão menores considerando-se que os novos atores necessários à efetivação da mediação e da conciliação deverão ser treinados e especializados para bem exercer esse *métier*.

---

[8] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Disponível em: http://sociologial.dominiotemporario.com/doc/REVOLUCAO_DEMOCRATICA_JUSTICA.pdf.

[9] DUFOUR, Dany-Robert. *O divino mercado. A revolução cultural liberal*. Rio de janeiro: Companhia de Freud, 2008, p. 271.

[10] COSTA e SILVA, Paula. *A nova face da justiça..., op. cit.* p. 27-28.

A lógica da produtividade e da solução dos conflitos em menor tempo não foi adotada no Brasil por acaso. Por honestidade e senso de justiça temos que louvar os esforços do Poder judiciário brasileiro para dar mais acesso à justiça aos cidadãos quanto também para mais aproximar-se deles. Entretanto, não podemos perder de vista que desde a década de 90 do século passado o Banco Mundial apresentou aos países em desenvolvimento orientações paranormativas[11] para otimizar os serviços da justiça com base nos parâmetros neoliberais. Previsibilidade, acessibilidade que pressupunha a adoção dos meios alternativos e transparência, estiveram repetidamente presentes nesses documentos.

Perfeitamente compreensível. Há mais de 30 anos o Estado, representado pelo governo, como instância de regulação e redistribuição foi paulatinamente desmontado. Tornou-se, progressivamente, uma instância da política neoliberal, inaugurou a governança ultraliberal quanto alinhou, "...outras grandes economias humanas aos princípios da economia de mercado"[12]. E a justiça não escapou dessa invasão. Transferidos os poderes para a sociedade civil, a governança neoliberal faz acreditar que a sociedade poderá governar sozinha e, por isso, o governo se torna dispensável. Como alude Antoine Garapon, se a justiça por tradição e simbolismo deve comparar os pontos de vista, deve sopesar as pretensões rivais, avaliar o mérito de cada tese, sob a mira dos princípios do sistema jurídico, a bifurcação, onde o juiz se torna o garante dos "acordos negociados", chancela de certa maneira que as partes em conflito tornam-se os consumidores do direito e seu árbitro último, ou seja, a referência deixa de ser do emissor do direito e sim do seu destinatário. Poderão, assim, as partes deliberarem sozinhas, sem o juiz e, quiçá, sem o direito? Encontrar a resposta a esta pergunta avassaladora deve tomar como ponto de

---

[11] Os estudos de Maria Teresa Sadek são extremamente informativos desta realidade. Consulte-se: SADEK, Maria Tereza (Org.). *Reforma do judiciário.* Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. Disponível em: https://static.scielo.org/scielobooks/6kf82/pdf/sadek-9788579820335.pdf.

[12] DUFOUR, Dany-Robert. *L`individuqui vient...après le liberalisme*. Paris: Denoel, 2011, p. 351.

partida que nos Estados Democráticos de Direito tanto as partes, quanto os juízes, perderam a centralidade que outrora ocupavam na relação processual dado que, agora, é o direito iluminado constitucionalmente, que ocupa tal lugar.

É hora de investigar o quanto a mudança no sistema processual implica, também, em uma profunda transformação simbólica.

DA ORDEM DA JUSTIÇA NEGOCIADA: UMA PERDA SIMBÓLICA EM QUE VALE A PENA APOSTAR?

Embora desde a primeira Constituição houvesse a referência aos juízes de paz, a qual está repetida no artigo 98, II, da Constituição atual e atribui poderes conciliatórios a eles, foi na década de 80 do século passado que práticas de utilização de meios alternativos de resolução de conflitos foram experimentadas no âmbito do sistema de justiça, como foi o caso do Rio Grande do Sul com o projeto piloto da "Justiça de pequenas causas". O CPC de 1973, como é sabido, atribuía ao juiz o dever de conciliar em qualquer fase do processo. Na década de 90, o Brasil conheceu a Lei dos JECs – 9.099/95 – e a Lei de Arbitragem – 9307/96. Depois, a lógica das soluções conciliatórias estendeu-se a Justiça Federal por meio da Lei 12.259/2001 e para os conflitos envolvendo a Fazenda Pública. Depois de um longo período de discussões com a classe jurídica e de debates nas Casas Legislativas, o CPC de 2015 entrou em vigor inserindo a conciliação e mediação[13] como parte da norma fundamental do acesso à justiça.

A inclusão dos mediadores e dos conciliadores como auxiliares da justiça e a centralidade da audiência de conciliação e mediação que será conduzida por esses auxiliares, onde eles existirem, demonstra o esforço legislativo em estabelecer a diversificação das instâncias de debate onde o juiz deixa de ser o protagonista, o contato entre as

[13] Há 37 ocorrências dessas expressões no CPC/2015.

partes ganha relevância a ponto da abertura ao consenso como disposição voluntária ser transformada em obrigatoriedade, na medida em que a ausência injustificada à audiência de conciliação e mediação é considerada como ato atentatório à dignidade da justiça.

Paradoxal incongruência. Se o ritual da justiça mediado pela presença do juiz deixa de instituir-se como modelo, a passagem para esse outro modelo da justiça, negociada, aparece como um contrato que não pode ser desrespeitado. Então, é certo que só haverá livre escolha se os meios alternativos forem funcionalmente equivalentes e, por outro lado, se a justiça acaba por não ser efetiva tampouco acessível, os meios alternativos elevam-se como meios necessários e inevitáveis minando-se a sua legitimidade com a supressão da livre escolha. A alternatividade passa a ser retórica.[14]

Mesmo assim o intento de todo este processo é claro: Trata-se da criação de uma "soberania do sujeito", de uma nova concepção de sujeito que reúne duas características fundamentais: ele deve apresentar a capacidade de defender-se a si próprio com o auxílio do mediador e do conciliador e, ao mesmo tempo, ele está obrigado a "enfrentar-se" como alguém capaz de defender a si próprio, na medida em que sua presença à audiência é obrigatória. Afinal, no modelo ultraliberal da governabilidade global e que contamina a governamentalidade interna, o que conta é o fluxo e a eficiência e que assina ao direito uma função eminentemente prática. Como disse Nicolas Veron[15] e que muito bem pode ser aplicado ao que estamos aqui tratando:

> Quanto mais uma instituição é legitima e se baseia na transparência e na cooperação, menos ela é eficiente; por outro lado quanto mais eficiente ela é – informal, flexível, rápida, quanto menos prestar contas e basear-se em múltiplos ato-

[14] COSTA e SILVA, Paula. *A nova face da justiça..., op. cit.* p. 36

[15] VERON, Nicolas. *Flux financiers, impasses politiques.* Paris: La Vie des Idées, 2006, p. 37.

> res não estatais, menos ela será legitima. Diz ele: não é um paradoxo é quase uma necessidade.

Desse modo, como nos lembra Antoine Garapon[16], a mediação não é apenas uma nova técnica de solução de conflitos. Ela é também uma nova forma de regulação social, quiçá, uma nova forma de sociabilidade.

Essa análise, sabemos, seguramente será pouco entendida ou, se entendida, não será aceita por muitos neste tempo de quantificações e de produtividade como fator, inclusive, de progressão na carreira dos juízes. Ainda assim, devemos ser chamados a pensar o quanto o uso desses modos alternativos de solucionar conflitos implicará na renúncia do julgamento jurídico do conflito, na ausência da aplicação do direito orientado por princípios, sendo que essa ausência passa a ser, ela mesma, o fundamento da busca do consenso.

Não tratar do conflito, não falar sobre ele, inevitavelmente, corresponde à progressão do implícito que avança na direção oposta à do direito, que é sempre um processo de formulação, de produção de provas e de contraditório. Há, de certa maneira, uma sorte de "capitulação da função de julgar"[17] que pode, talvez veladamente, conduzir os juízes a um certo mal-estar e a não entender muito bem o sentido de sua profissão.

A perda simbólica vem justamente disso. As partes não se veem mais na frente do juiz e devem estar preparadas para abrir mão de parte dos direitos que imaginavam ter. A referência do juiz como autoridade desaparece e conhece-se o vazio dela. Encontra-se em seu lugar o presumível sujeito racional capaz de produzir suas próprias escolhas quando, em verdade, mesmo não sabendo como conduzir-se e deixando-se conduzir pelos não juízes, cumpre o papel tão esperado pela lógica neoliberal que é a de agir como o sujeito racional do mercado.

---

[16] GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas. Justiça e democracia*. Lisboa: Piaget, p. 244.

[17] GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas. Justiça e democracia*, id., ibid., p. 267.

Então, como aponta Garapon[18], as inquietações provocadas por esse modelo de justiça mais informal e consensual são de três ordens: a) angústias geradas pelo desaparecimento, ao menos parcial da perda das referências simbólicas; b) o medo do vazio moral e; c) a transformação do Estado que diluindo as fronteiras entre o público e o privado, coloca os sujeitos sob uma tutela suave. Tais preocupações podem ser criticadas pois, afinal, o que se quer não é, ao fim e ao cabo, resolver conflitos mais rapidamente, com menos custos e até mesmo menos impacto pessoal? Mas elas também podem ser consideradas inteiramente procedentes porque relacionadas ao amplo espectro de desjudicialização e deslegalização estimulados e provocados pelo modelo econômico ultraliberal, do qual o Poder Judiciário não ficou incólume.

Veja-se que o CNJ-Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2010, editou a Resolução n. 125 provocando com ela um alargamento da concepção de acesso à justiça e com isso, também, o estímulo ao uso dos meios alternativos de solução de conflitos, considerado como uma tendência atual do sistema e que restou concretizada no § 2 do artigo 3 do CPC 2015. Essa tendência tornou-se um macrodesafio do Plano estratégico do Poder Judiciário que deve ser atendido no horizonte do quinquênio 2015-2020. Dentre as Metas do CNJ para o ano de 2017 a Meta 3 prevê o aumento dos índices de conciliação na Justiça Federal e na Justiça do Trabalho. Por outro lado, no sítio dos tribunais do País é perceptível o empenho em formar quadros e em dar destaque aos meios alternativos de solução de conflitos.

Em um tempo marcado pela importância dos dados e dos indicadores[19] tomados como balizas aferidoras da eficiência das instituições públicas podemos partir do último relatório do Conselho Nacional de

[18] GARAPON, Antoine. *Bem julgar. Ensaio sobre o ritual judiciário,* op. cit., p. 269

[19] Sobre o tema veja-se: FRYDMAN, Benoit. *O fim do estado de direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

Justiça para verificar em que medida as metas de extinguir processos por meio da conciliação ou da transação têm sido alcançadas.

O Relatório do ano de 2016[20] indica que o índice de conciliação alcançado pela Justiça Federal foi de 4,35%, porém inferior aos 4,81 do ano de 2015. Na Justiça Estadual foi de 14,80 %, superando os 12,77% do ano anterior. Já na Justiça do Trabalho o índice de conciliação foi de 41,70%. O Relatório "Justiça em Números" do ano de 2017, do CNJ, indica que 12% dos processos encerrados em 2016 foram por acordo. Nesse sentido, o documento informa, ainda, que o crescimento do número de composições no ano de 2016 em relação ao ano de 2015 foi de apenas 0,8, embora, como se sabe, o Código de Processo Civil de 2015 estabeleça deva ser a conciliação tentada antes do conflito ser judicializado.[21]

Com efeito, ainda que os índices de término de processos por acordo ainda sejam tímidos, isso não impede que se reflita sobre a transformação que está em curso pois percebe-se um esforço geral do próprio Poder Judiciário em reduzir o tempo e o número de processos por meio de conciliações e mediações. De fato, há um espectro diversificado de possibilidades de escolha para os indivíduos canalizarem suas demandas. Essa diversificação forma o que se convencionou denominar de "sistemas multiportas", no qual a presença e orientação dos advogados, como técnicos especializados no sistema, é essencial.

Não há, então, a obrigatoriedade de escolha de dada forma de solução de conflitos, em face da própria voluntariedade do ato de buscar tal solução. Porém, como já referido, quando o caso referir-se ao uso dos meios alternativos à "sombra dos tribunais", sobretudo após a edição do CPC 2015, tal voluntariedade é apenas inicial. Não haverá

---

[20] CNJ. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf

[21] Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf.

possibilidade injustificada de furtar-se à audiência de conciliação. Então, o que se vê aqui é uma obrigatoriedade velada que expressa esse novo paradigma da negociação em substituição ao da decisão.

O que deve ser considerado de maneira cuidadosa não é propriamente os vários caminhos que o sistema multiportas oferece e sim, em que medida esse sistema impõe-se como projeção das políticas de gestão judiciária que visam muito mais reduzir o número de litígios do que oferecer alternativas para a real satisfação dos interesses dos litigantes. Além disso se o Poder Judiciário, como se sabe, adotou padrões de gestão das empresas privadas, estandardizar os meios alternativos de solução de conflitos, orientar para as boas práticas tende a ser uma resposta às exigências de seguir fluxos e quantificações.

Ora, como refere Benoit Frydman " é óbvio que, um dispositivo de "pilotagem" que faz repousar a avaliação dos juízes sobre tais indicadores, ameaça a independência dos magistrados e contradiz o princípio da autonomia do julgamento, que está no coração do ato jurisdicional. Vemos assim, como a lógica administrativa pode, sem substituir-se às regras de direito ou de procedimento, mas se sobrepondo a estas para cumprir os objetivos de racionalização administrativa, colocar-se sobre as garantias jurídicas do Estado de direito, com o pretexto de nele reforçar a eficácia[22].

A produtividade, sendo uma expressão maior do modelo econômico que elegeu a eficiência como o bem mais precioso e necessário à própria sobrevivência do mercado, invadiu os serviços do sistema de justiça. Afinal, uma justiça previsível, menos morosa e menos custosa incita o mercado a reconhecer sua legitimidade e apostar nos negócios.

[22] FRYDMAN, Benoit. *O fim do estado de direito, op. cit.*

CONSIDERAÇÕES FINAIS: EXISTE UM MODELO IDEAL DE JUSTIÇA?

Responder a tal pergunta é verdadeiramente desafiador. Claro, uma mente esclarecida não negará os graves déficits do funcionamento da justiça que decorrem da sua burocracia e de um modelo de processo, em muitos aspectos, obsoleto e arcaico.

Por outro lado, desprestigiar a qualidade e a satisfação substancial dos litigantes, afasta-se enormemente do verdadeiro sentido da Justiça. Essa transferência da decisão do juiz para a própria parte pressuporia que essa última pudesse em cada situação ter claro quais seriam suas vantagens na prática do consenso, considerando-se os instrumentos de que dispunha em cada situação.

O Poder Judiciário, nesse sistema multiportas, por exemplo, deixa as vias de solução às partes auxiliadas pelos conciliadores e pelos mediadores. Então, ao contrário do modelo da justiça imposta, neste, o poder do Estado não intervém diretamente porque a escolha é deixada ao sujeito.

Seguramente razões econômicas estão por detrás do anseio em aumentar os estímulos à conciliação e à mediação, pois fazer economia na gestão do público, mesmo que muitas vezes com o sacrifício do Estado de Direito e dos direitos fundamentais, é um forte interesse da agenda neoliberal.

Tomadas em sentido amplo, as transações em geral, como já referido, exaltam a autonomia individual e fazem com que a lei ingresse na "esfera das coisas negociáveis". Nesse sentido, uma visão crítica permite que se interprete o sistema multiportas não apenas como uma forma ótima de justiça ao gosto do neoliberalismo quanto, também, serve preferencialmente para "reduzir" o estoque de processo ou evitar que eles se formem. Nessa lógica, a liberdade e autonomia do sujeito resta por preponderar, muitas vezes, à decisão justa e equitativa.

Não é possível dizer se há mesmo um modelo ideal de justiça. O que se deve notar é que aos esforços contínuos em aprimorar a atuação da justiça mesclam-se com os anseios do modelo econômico neoliberal de dominar todas as esferas da vida para otimizar sua performance. Há de se ver se o sistema multiportas que prestigia os meios alternativos de solução de conflitos não traz consigo uma tendência a despolitizar e a funcionalizar a justiça, provocando o declínio do direito, dando lugar às convenções entre as partes, o que inevitavelmente transformará o Poder Judiciário numa mera agência de resolução de conflitos, como referiu Antoine Garapon[23], distante do ideal de justiça como prudência aristotélica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERMAN, Paul Schiff. Le nouveau pluralisme juridique. **Revue Internationale de Droit Economique**, Dijon, t. XXVII, 2013/1, p. 229-256. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2013-1-page-229.htm>.

CADIET, Loic. **Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français**. Disponível em: <http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/rlr28/CADIET2.pdf>.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COSTA e SILVA, Paula. **A nova face da justiça** – Os meios extrajudiciais de resolver controvérsias. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DUFOUR, Dany-Robert. **L`individuqui vient...après le liberalisme**. Paris: Denoel, 2011.

DUFOUR, Dany-Robert. **O divino mercado**. A revolução cultural liberal. Rio de janeiro: Companhia de Freud, 2008.

FRYDMAN, Benoit. **O fim do estado de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

[23] GARAPON, Antoine. *La raison du moindre État. Le néoliberalisme et la justice*. Paris: Odile Jacob, 2010, p. 69/70.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar**. Ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Piaget, 1999.

GARAPON, Antoine. **La raison du moindre État**. Le néoliberalisme et la justice. Paris: Odile Jacob, 2010.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**. Lisboa: Piaget, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Disponível em: <http://sociologial.dominiotemporario.com/doc/REVOLUCAO_DEMOCRATICA_JUSTICA.pdf>.

VERON, Nicolas. **Flux financiers, impasses politiques**. Paris: La Vie des Idées, 2006.

PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE O SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS E A TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS

Jaqueline Mielke Silva[1]
José Tadeu Neves Xavier[2]

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O sistema jurídico processual brasileiro está experimentando uma radical transformação, rompendo com o seu modelo tradicional, para atender a nova realidade sócio-econômico-jurídica em vigor, que trouxe uma série de novos valores e demandas, até então estranhas ao nosso sentimento social.

Desde a década de setenta do século passado, quando foi concebido o Código de Processo Civil anterior, fruto da refinada pena de Alfredo Buzaid, o ambiente social, tanto brasileiro como estrangeiro, passou por profundas modificações, tornado a referida Codificação – diga-se de pas-

[1] Doutora e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professora do Curso de Pós-graduação stricto sensu da Faculdade IMED e de outras instituições de ensino superior. Professora na Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS, Escola Superior da Magistratura Federal – ESMAFE, Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP, Escola Superior da Magistratura do Trabalho – FEMARGS. Advogada.

[2] Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), professor na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP (Graduação e Mestrado em Direito), na Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul (FEMARGS), e na Faculdade IMED. Advogado da União.

sagem, tecnicamente correta para a época de sua concepção – defasada em pontos essenciais da prestação jurisdicional.

A realidade social passou a exigir mais do que o Código de Processo Civil de 1973 poderia oferecer.

O enfraquecimento do Código de Buzaid deu espaço às conhecidas *ondas reformistas*, sendo elaboradas uma série de leis que alteraram pontos estruturais desta legislação, com o intuito de fazê-la recuperar o seu fôlego para o enfrentamento das demandas da sociedade. Porém, as reformas não foram suficientes, e a manutenção da Codificação Processual ficou insustentável.

Então, por iniciativa de uma Comissão formada por juristas de escol, foi elaborado o projeto de lei que resultou na Codificação Processual Civil atual, inaugurando novos paradigmas para a prestação jurisdicional.

A ruptura com o modelo anterior é verificada de plano já na dicção escolhida para a disposição normativa que atua como *abre alas* da Codificação, sendo fixado, no seu artigo 1º, que *"o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil"*. Há, portanto, a imposição de conformação da interpretação e realização do texto da Codificação com os valores e a ideologia consagrados na Carta Magna.

Outra inovação, e não de menor importância, e é dela que nos ocuparemos no presente ensaio, diz respeito à instituição do modelo processual que ficou conhecido como *Justiça Multiportas* (*Multi-door Corthouse*), que, nas palavras de Hermes Zaneti Jr. e Trícia Navarro Xavier Cabral, representa o modelo de Justiça na qual são apresentadas muitas alternativas de acesso, diversas portas, diversas justiças, para uma só finalidade, sendo que: *"neste novo prédio os diversos arcos dão acesso a salas distintas, mas todas as salas estão voltadas para o mesmo objetivo, a tutela dos direitos, adequada, tempestiva e efetiva"*[3].

[3] Apresentação a obra Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos, Coord. Hermes Zaneti Jr. e Trícia Navarro Xavier Cabral,

A opção por este *modelo de Justiça Multiportas*, devidamente integrado ao sistema tradicional, é evidenciada pela disposição constante do artigo 3º do Código de Processo Civil, preceituando que *"é permitida a arbitragem na forma da lei"*, e que: *"o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos"* e, ainda, que: *"a conciliação, mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial"*[4].

Ao adotar o modelo de *Justiça Multiportas*, o direito processual brasileiro se alinha à orientação que vem sendo perfilhada em nível global, sendo pauta jurídica já consolidada nos mais diversos países. Já na década de setenta do século passado foram concebidas as chamadas ADRs (*Alternative Dispute Resolution*), como opção ao sistema de prestação jurisdicional tradicional, ocupando a atenção de diversos países.

Certamente a escolha do Codificador, que não é isolada e já conta com outras medidas, como a Resolução CNJ nº 125/2010, Resoluções CNMP nº 118/2014, 180/20167 e 181/2017, foi grandemente influenciada na necessidade de busca de mecanismos eficientes para enfrentar a incessante crescimento da litigiosidade que sobrecarrega o Poder Judiciário, indo muito além das suas forças, embora esta não deve ser tomada como a sua tarefa principal.

As formas autocompositivas (mediação e conciliação) e heterocompositivas não estatais (arbitragem), são figuras protagonistas

---

Salvador: Juspodivum, 2017, p.5. Os autores referem, ainda: *"a Justiça adequada ao modelo multiportas atende às situações jurídicas disponíveis e indisponíveis, individuais e coletivas, entre partes públicas e privadas, sendo um marco diferencial na história do acesso à Justiça"*.

[4] Cf. Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron: *"ao analisar o disposto no art. 3º do novo CPC, percebe-se uma notória tendência de estruturar um modelo multiportas que adota a solução jurisdicional agregada à absorção dos meios alternativos. Busca-se, assim, a adoção de uma solução integrada dos litígios, como corolário da garantia constitucional do livre acesso do inc. XXXV do art. 5º da CR/1988"*, concluindo: *"a mescla dessas técnicas de dimensionamento de litígios se faz momentaneamente necessária pela atávica característica do cidadão brasileiro de promover uma delegação da resolução dos conflitos ao Judiciário"* – Novo CPC – Fundamentos e sistematização, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 241.

neste novo cenário. Na Lição de Luis Alberto Reichelt *"no primeiro caso, tem-se que a solução do conflito é determinada pelas próprias partes nele envolvidas, a exemplo do que ocorre na transação, na conciliação e na mediação"* enquanto na segunda *"a solução a ser adotada é imposta aos sujeitos envolvidos em uma lide por um terceiro que com eles não se confunde, sendo uma manifestação paradigmática a esse respeito a atividade desenvolvida por particulares em sede de arbitragem"*[5]. Para tanto, contamos com a Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) e a Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015), além dos mecanismos inseridos pontualmente na Codificação Processual, como a audiência de conciliação e mediação (art. 334), e a autorização expressa para a formação de negócios jurídicos processuais (arts. 190 e 191), além, é claro, dos princípios da cooperação e da eficiência.

Porém, sabemos que há um obstáculo de ordem cultural a ser vencido, pois ainda mantém força em nosso ambiente jurídico e social o sentimento de que somente a atuação exclusiva de um Poder Judiciário imparcial teria a aptidão para produzir a adequada segurança jurídica. Tal sentimento, que nas palavras de Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron é responsável pela hiperjudicialização de conflitos, mesmo daqueles que ordinariamente em outros sistemas são resolvidos pela ingerência das próprias partes mediante autocomposição[6], depõe em desfavor da aceitação do modelo de Justiça multiportas e deve ser superado.

Neste contexto, optamos por enfrentar a problemática referente a adoção do modelo de Justiça multiportas na tutela dos direitos coletivos, que representa um microssistema processual ainda em conclusão, que não alcançou o seu pleno amadurecimento, mas que já conquistou espaço cativo no nosso ambiente jurídico acadêmico e pretoriano. Para

---

[5] O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no novo CPC, Revista de Processo, v. 258, agosto de 2016.

[6] *Novo CPC* – Fundamentos e sistematização, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 241-242.

tanto, nos propomos a verificar a afinidade da figura da transação, com ênfase na figura do compromisso de ajustamento de condutas, com esta proposta de solução de conflitos, a viabilidade da audiência de conciliação e mediação nas demandas coletivas e a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais em questões que envolvam direitos coletivos.

Advertimos que as análises que serão realizadas são frutos de uma reflexão inicial, conforme o título escolhido já anuncia, pois acreditamos que a temática é profunda e exigirá um considerável aprofundamento, que somente será alcançado após a seu pleno amadurecimento, tanto no plano acadêmico como prático. Porém, esperamos que as reflexões que seguem possam de alguma forma contribuir para este debate, necessário e inadiável.

JUSTIÇA MULTIPORTAS: JUSTIÇA ALTERNATIVA OU TÉCNICA DE JUSTIÇA MAIS ADEQUADA?

Iniciamos nossas reflexões com esta provocação sobre a forma mais representativa de identificação da natureza deste modelo de *Justiça Multiportas*.

Vigorou por muito tempo (e ainda se sente traços marcantes disso) o entendimento de que as formas de autocomposição e heterocomposição não judicial deveriam ser consideradas como *meios alternativos de solução de conflitos*, ou seja, como *justiça alternativa*. Acreditamos que esta visão se mostra demasiadamente restritiva e, de certa forma, contribui para o desprestígio destas técnicas de solução de lides, indicando uma superioridade da justiça estatal em relação aos demais meios não estatais.

Não se pode, no contexto do modelo jurídico atual, ver o recurso ao Poder Judiciário como único caminho de alcance da justa solução das lides.

Verifica-se, com frequência, certa confusão entre o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e o direito de acesso à justiça. Porém,

são figuras distintas. O primeiro é fruto da previsão inserida no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, ao determinar que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Tal previsão, de especial relevância para a estruturação de um efetivo modelo de *Estado de Direito*, garante a todos o acesso aos tribunais, mas jamais define que esta seria a única forma de realização da justiça. O paradigma maior, no entanto, é o de *acesso à justiça,* e que vai além dos estreitos limites da prestação jurisdicional estatal. Na afirmação de Luis Alberto Reichelt *"o direito humano e fundamental ao acesso à justiça compreende o acesso efetivo a todos os meios pelos quais as pessoas possam reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios"*, e, portanto, *"abarca todo um conjunto de providências que devem estar à disposição dos indivíduos que vai muito além da existência de uma estrutura do Estado destinada ao exercício da atividade jurisdicional"*[7].

Tal constatação recebe, ainda, o reforço da previsão contida no *caput* do artigo 3º da novel Codificação Processual, que aparentemente de forma proposital, afastou-se da exata dicção constitucional, para referir que não se excluirá da apreciação *jurisdicional* ameaça ou lesão a direito. Veja-se que a Codificação Processual demonstra a intenção de romper com a ótica tradicional de considerar a noção de jurisdição – e, portanto, de atividade jurisdicional –, como atividade exclusiva do Poder Judiciário[8].

---

[7] O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no novo CPC, Revista de Processo, v. 258, agosto de 2016.

[8] Neste sentido, ressaltando a natureza jurisdicional da arbitragem, Asdrubal Franco Nascimbeni leciona: *"por tudo o que foi revelado acima, a concepção tradicional e clássica, de jurisdição, não parece ter mais lugar no direito contemporâneo. O preceito constitucional que trata da inafastabilidade da jurisdição encontra-se, inclusive, disciplinado no art. 3º, do CPC/2015, contendo a ressalva, em seu § 1º, quanto à utilização da arbitragem, além da expressa indicação para estimulação de outros meios de solução de conflitos. Percebe-se, pois, a evolução legislativa diante do que prevê, originalmente, a CF, quanto à inafastabilidade da apreciação judicial de lesão, ou ameaça a direitos (art. 5º, XXXV, CF), pois o legislador infraconstitucional confirmou aquilo que já era reconhecido pela jurisprudência e pela doutrina: o controle jurisdicional estatal não poderia ser afastado por lei, mas poderia ser pela vontade das partes, se a controvérsia envolver direitos disponíveis. E a arbitragem representa, efetivamente, uma das formas de exercício da atividade jurisdicional, pelas próprias disposições contidas na LArb – que deixa claro e expresso ser o árbitro o juiz de fato e de direito da causa (art. 18), indicando, assim,*

E, aqui, voltamos às lições de Luis Alberto Reichelt, que ao debruçar-se sobre este tópico, explica: *"a sutil diferença entre a linguagem constitucional e aquela empregada pela Codificação legal revela que uma verdade simples e importante: havendo uma lesão o ameaça de lesão à direito, é preciso que as partes tenham a possibilidade de apreciação jurisdicional, independentemente da apreciação ser exercida por órgãos do Estado ou por árbitros",* arrematando: *"do acesso ao Poder Judiciário avançou-se, em verdade, na direção do acesso à justiça"*[9]. Na mesma toada Cassio Scarpinella Bueno leciona *"uma coisa é negar, o que é absolutamente correto, que nenhuma lesão ou ameaça de a direito possa ser afastada do Poder Judiciário. Outra, absolutamente incorreta, é entender que somente o Judiciário e o exercício da função jurisdicional podem resolver conflitos, como se fosse uma competência exclusiva sua"*, concluindo: *"é incorreta esta compreensão totalizante do Poder Judiciário"*[10].

Aos poucos as demais técnicas de solução dos litígios foram assumindo maior destaque, em especial, em decorrência dos bons resultados que apresentou. Com isso, a utilização da expressão *justiça alternativa* foi se tornado escassa e abrindo espaço para designações mais condizentes com o seu papel atual, ou seja, estas formas não estatais de solução das lides passaram a ser conhecidas como técnicas de *justiça mais adequada*. Alexandre Freitas Câmara, neste sentido, ressalta que a as decisões consensuais são, muitas vezes, mais adequadas do que a imposição jurisdicional de uma decisão, ainda que seja construída democraticamente através de um procedimento em contraditório, com participação dos interessados[11].

---

que o árbitro exerce atividade jurisdicional (ainda que tal autoridade lhe seja concedida pela vontade expressa das partes)" – Os meios extrajudiciais de solução de conflitos como forma adequada de pacificação social e a tendência à desjudicialização, Revista de Arbitragem e Mediação v. 52, jan.-mar. de 2017, p. 221-258.

[9] O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no novo CPC, Revista de Processo, v. 258, agosto de 2016.

[10] Manual de Direito Processual Civil, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41

[11] O novo Processo Civil brasileiro, São Paulo: Atlas, 2015, p. 5. O autor ilustra: *"basta ver o que se passa, por exemplo, nos conflitos de família. A solução consensual é certamente mais adequada,*

De fato, a noção de *justiça adequada* ganha efetivo realce nas soluções consensuais, alcançadas por meio de conciliação, transação ou mediação, pois ninguém melhor do que as partes envolvidas no conflito para decidirem o melhor deslinde da lide. Os desgastes de um longo e penoso litigio judicial acirra, ainda mais, a animosidade certamente já existente entre os envolvidos e, na grande maioria das vezes, a decisão nele proferida, embora encerre formalmente a lide, nem sempre é capaz de apaziguar a desavença dos litigantes no plano dos fatos. Nas palavras de Hermes Zanetti Jr. e Fredie Didier Jr.:

> A busca pela tutela dos direitos adequada, tempestiva e efetiva, exige a adequação do acesso à tutela, ocorrendo uma passagem necessária da justiça estatal imperativa, com a aplicação do direito objetivo como única finalidade do modelo de justiça, para a aplicação da justiça coexistencial, uma 'meding justice' (uma justiça capaz de remediar o tecido social), focada na pacificação e na continuidade da convivência das pessoas, na condução dos indivíduos, comunidade ou grupos envolvidos[12].

Acreditamos que tal mudança na visualização da essência das técnicas não estatais de solução das lides, visualizando-as como formas de construção de técnicas de *justiça mais adequada*[13], proporcionada pelos

---

já que os vínculos intersubjetivos existentes entre os sujeitos em conflito (e também entre pessoas estranhas ao litígio, mas por ele afetadas, como se dá com filhos nos conflitos que se estabelecem entre os pais) permanecerão mesmo depois de definida a solução da causa".

[12] Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em Direitos Coletivos. In: Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos, Coord. Hermes Zaneti Jr. e Trícia Navarro Xavier Cabral, Salvador: Juspodivum, 2017, p. 37.

[13] Vicenzo Varano e Alessandro Simoni, ao elaborarem o relatório italiano no Congresso da Associação Internacional de Direito Processual Civil, fizeram referência a essas técnicas como mais 'adequadas', expondo que *"o efeito mais imediato das ADR seria aliviar o maquinário oficial da justiça civil, que é simplesmente incapaz, do ponto de vista quantitativo, de atender a uma crescente 'exigência de justiça'. Por outro lado, é também importante compreender a ideia de que a justiça não pode ser encontrada apenas nos tribunais, mas que pode ser encontrada 'em muitas salas'; e a ideia de que certas técnicas de ADR, em especial a mediação, servem ao objetivo*

próprios envolvidos ou, pelo menos, com mais presteza e/ou eficiência[14], representa um avanço definitivo na aceitação de tais técnicas, com a legitimidade e credibilidade que merecem.

A modelo de *justiça multiportas* propicia, portanto, o *entrelaçamento construtivo*[15] entre as fórmulas de prestação jurisdicional e as demais técnicas de solução de conflitos, na busca de uma tutela mais efetiva para os direitos e interesses, colocando à disposição um conjunto de possibilidades de caminhos a serem seguidos na busca de resolução de disputas, com a escolha do melhor meio a ser seguido para cada caso. Leonardo Carneiro da Cunha e João Luiz Lessa Neto indicam que *"há diversos fatores que devem ser levados em consideração para essa escolha, como a natureza da disputa, a relação das partes envolvidas, o valor econômico em questão e os custos de cada um dos procedimentos ou portas"*,

---

de diversificar e enriquecer a oferta de justiça, e são mais adequadas para garantir uma solução satisfatória de certas categorias de disputas legais" – apud Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron, Novo CPC – Fundamentos e sistematização, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 244-245.

[14] Como afirma Fabiano Carvalho, o princípio da eficiência, esculpido no art. 8º da Codificação Processual, está vinculado tanto à técnica de prestação jurisdicional como ao seu resultado, esclarecendo: *"no modelo do novo Código de Processo Civil, a eficiência deve ser medida pelo potencial que a atividade jurisdicional tem para gerar o máximo de bem-estar, com resultados práticos capazes de transmitir aos litigantes a sensação real de que o direito deduzido em juízo será reconhecido/realizado. Uma espécie de "consequentismo processual"*, complementando: *"o princípio da eficiência está relacionado diretamente com a forma de atuação da atividade jurisdicional e indiretamente com a tutela jurisdicional"* – O princípio da eficiência no Processo Coletivo – Constituição, Microssistema do Processo Coletivo e novo Código de Processo Civil, Processo Coletivo, Coord. Hermes Zaneti Jr., Salvador: Juspodivum, 2016, p. 476-477.

[15] A feliz expressão *entrelaçamento construtivo* é utilizada por Leonardo Carneiro da Cunha e João Luiz Lessa Neto, acompanhada da seguinte ponderação: *"cumpre observar que o entrelaçamento da mediação e da conciliação no processo judicial, não deve ser tomado como uma solução para desafogar o Judiciário ou como meio para abreviar a duração do processo. O efeito pode até ser este, mas esse não pode ser o objetivo imediato. O que se procura é a construção de um espaço dialético que estimule a resolução da disputa. Um processo de conciliação ou mediação adequado pode ser demorado, até par que se possa equacionar os interesses. Deve-se mediar e conciliar para encontrar uma composição dos interesses, não para evitar que os processos sejam julgados. Há uma grande diferença entre o entrelaçamento constritivo, que pressupõe o diálogo e alternativas e a massificação que ocorre em muitos mutirões de conciliação"* – Medição e conciliação no Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil, Novo CPC: doutrina selecionada, v. 1, Parte Geral, Coord. Fredie Didier Jr., Salvador: Juspodivum, 2015, p. 266-267.

pois *"os conflitos são diferentes ente si, é por isso, podem – e devem – ser tratados por mecanismos diferentes"*[16].

O modelo de *Justiça Multiportas*, ao proporcionar novas formas de solução dos litígios, muitas vezes com a adoção de mecanismos que priorizam a composição da lide de forma consensual, acaba por consolidar uma nova compreensão sobre a própria noção de jurisdição, que ultrapassa em muito as lições acadêmicas clássicas, que a vinculavam necessariamente a prestação jurisdicional com monopólio estatal.

A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA MULTIPORTAS NA TUTELA DO DIREITOS COLETIVOS

Buscando demonstrar a viabilidade de utilização das técnicas de efetivação do modelo de Justiça multiportas, passaremos a verificar a afinidade da utilização de técnicas de transação na solução de conflitos que envolvem questões relacionadas a direitos e interesses coletivos, a oportunidade da audiência de conciliação e mediação nas demandas coletivas e a compatibilidade de realização de negócios jurídicos processuais em questões que envolvam tais direitos.

A transação nos Direitos Coletivos

Os direitos coletivos são tradicionalmente caracterizados pela sua indisponibilidade, sabe-se que não pode haver renúncia em relação a eles. Tal aspecto tem levado algumas vozes a pregarem a presença da impossibilidade de ocorrência de autocomposição por negociação nas

---

[16] Medição e conciliação no Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil, Novo CPC: doutrina selecionada, v. 1, Parte Geral, Coord. Fredie Didier Jr., Salvador: Juspodivum, 2015, p. 267. Nesse caminho Arruda Alvim adverte: *"as técnicas alternativas de solução dos conflitos apenas indiretamente servem para diminuir a carga de trabalho das cortes. Este é um efeito inegável (uma vez que as causa submetidas a Câmaras de conciliação ou de mediação correspondem a um acesso à Justiça sem o uso do Judiciário), mas o objetivo principal dos ADR é oferecer a cada caso concreto um caminho para a obtenção de uma resposta pacífica e adequada"* – Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, 17ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 242.

lides de natureza coletiva. Esta corrente ganha maior reforça na previsão contida no artigo 841 do Código Civil, que ao dispor sobre a transação, preceitua que *"só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação*".

O melhor entendimento, no entanto, parece ser em sentido contrário.

Os direitos transindividuais, embora indisponíveis, comportam, sem qualquer comprometimento de sua essência, formas de autocomposição, como é o caso da transação. A indisponibilidade dos direitos coletivos não é refratária as técnicas de negociações. Note-se, porém, que o acordo não vai ser alcançado por meio de concessões recíprocas como sói acontecer no âmago dos direitos privados disponíveis, pois a indisponibilidade dos direitos coletivos não permite tal possibilidade. A transação terá, nos direitos coletivos o alcance limitado à forma de concretização destes interesses. Antonio do Passo Cabral, ao se orientar nesta direção, afirma: *"parece-me evidente que há negociação nas ações coletivas no que tange ao modo e ao tempo de reparação do dano coletivo, sempre com vistas à máxima efetividade da tutela destes interesses"*, arrematando: *"ainda que indisponíveis em algum grau, este dato não impede a negociação"*[17].

Na verdade, a transação é espécie bastante comum na tutela de direitos coletivos, que tem como paradigma a normatização esculpida na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7347/1985). Nas palavras de Alexandre Amaral Gavronski:

> Na verdade, a possibilidade de autocomposição envolvendo direitos ou interesses coletivos está longe de ser novidade no sistema jurídico brasileiro, que reconhece e estimula várias formas de composição em sede de tutela coletiva, tais como a convenção coletiva de trabalho, no art. 611 da

[17] As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta, Processo Coletivo, Coord. Hermes Zaneti Jr., Salvador: Juspodivum, 2016, p. 327.

> CLT; a convenção coletiva de consumo, art. 107 do CDC, e o compromisso de cessação de infração à ordem econômica, art. 53 da Lei Antitruste[18].

A aceitação da transação nos processos coletivos encontra guarida, ainda, no próprio ideal de afetividade que orienta a proteção dos direitos coletivos. Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr, nesta direção, listam os seguintes motivos justificadores da aceitação da transação nos direitos coletivos:

> a) no momento em que se reconhece constitucionalmente a tutela dos direitos coletivos, não se pode impedir a efetivação deles, cerceando a atuação de quem por eles compete lutar, especialmente se a transação se mostrar o meio mais adequado; b) a indisponibilidade não será afetada, na medida em que visa, a transação, a sua maior efetivação; c) a efetivação dos direitos exige a sua concretização[19].

Na mesma linha segue Ana Luiza de Andrade Nery, ao defender a transação nos direitos coletivos, afirmando que a indisponibilidade dos direitos transindividuais não é absoluta, e que *"a negociação da melhor solução por meio do ajustamento é apenas o meio mais rápido e distante de demandas improfícuas e perenizadas, muitas vezes com resultados inferiores, o que semeia uma justiça desmoralizada"*[20].

No sistema de tutela dos direitos coletivos brasileiro é bastante conhecida a figura do *compromisso de ajustamento de conduta*, como técnica de solução de lides envolvendo a ofensa a esta espécie de di-

---

[18] Autocomposição no novo CPC e nas ações coletivas, Processo Coletivo, Coord. Hermes Zaneti Jr., Salvador: Juspodivum, 2016, p. 347.

[19] Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em Direitos Coletivos. In: Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos, Coord. Hermes Zaneti Jr. e Trícia Navarro Xavier Cabral, Salvador: Juspodivum, 2017, p. 39.

[20] Compromisso de ajustamento de conduta, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 155.

reitos. Por meio desta técnica aquele a quem é atribuída a ofensa ao direito coletivo tem a oportunidade de, evitando a demanda coletiva, comprometer-se a ajustar, ou seja, adequar a sua conduta, de maneira a se conformar-se às determinações legais pertinentes. Veja-se que, apesar do sentido específico que esta técnica recebe em nosso microssistema de processo coletivo, não há como ignorar o seu caráter de transacional, pois o acordo implica no reconhecimento da acusação dirigida ao transator, acordando este em recompor o dano coletivo causado. Hermes Zaneti Jr. e Fredie Didier Jr., neste sentido, explicam: "*pelo compromisso de ajustamento de conduta não pode dispensar a satisfação do direito transindividual ofendido, não cabe renúncia, mas, tão somente, a regulação do modo como se deverá providenciar à reparação dos prejuízos, à concretização dos elementos normativos para efetivação do direito coletivo*", advertindo *"isso não quer dizer que o espaço para negociação seja pequeno"*[21].

---

[21] Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em Direitos Coletivos. In: Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos, Coord. Hermes Zaneti Jr. e Trícia Navarro Xavier Cabral, Salvador: Juspodivum, 2017, p. 40. Esta é também a orientação oferecida por Alexandre Amaral Gavronski, ao lecionar: *"ajustamento é, semanticamente, não apenas o 'ato ou efeito de ajustar(-se), conformar-se, no caso, à lei, como também sinônimo de 'acordo, trato, combinação, convenção, pacto; reconciliação entre pessoas desavindas; acomodamento, concórdia'*. Embora muitas vezes ocorra de a conduta anterior estar em confronto direto com a lei, pode o compromisso de ajustamento ser firmado quando não haja propriamente uma desconformidade, mas tão só a conveniência ou necessidade de uma solução pactuada que melhor sirva à efetividade do direito protegido. Em outras palavras: a lei sempre pauta o compromisso, mas não apenas aquela conduta em direta contrariedade à lei serve-lhe de objeto; pode-se, por meio dele, por exemplo, avançar na implementação de um direito assegurado genericamente"; e o autor ilustra esta situação com a seguinte hipótese: *"pense-se, por exemplo, no direito básico do consumidor a uma 'adequada e eficaz prestação de serviços públicos em geral' (art. 6º, X, CDC) e nas inúmeras possibilidades que se abrem para a implementação crescente desse direito sem que seja necessário demonstrar ou pressupor manifesta ilegalidade da conduta anterior, dada a generalidade das expressões adequada e eficaz. Por outro lado, ainda quando bem demonstrada a ilegalidade, no exemplo, por inequívoca inadequação ou ineficácia do serviço prestado, a identificação de uma solução que a corrija, dada a indeterminação da lei, e, em inúmeros outros casos, a abertura hermenêutica dos princípios, pressuporá um ajustamento que muito mais se aproxima de um 'acordo', trato, convenção"* – Autocomposição no novo CPC e nas ações coletivas, Processo Coletivo, Coord. Hermes Zaneti Jr., Salvador: Juspodivum, 2016, p. 346.

Voltando à referência feita anteriormente à busca de uma *justiça mais adequada*, o recurso ao mecanismo do compromisso de ajuste de conduta evitará a continuidade e, por consequência, o alongamento e de uma situação na qual o direito coletivo em jogo já está sendo aviltado, permitindo a efetivação da tutela coletiva com mais eficácia e de forma planejada. A emergência de tutela nos direitos coletivos, marcados em geral pela sua alta relevância social, reforça a pertinência desta técnica, mesmo em setores mais sensíveis à negociação, como é o caso do meio ambiente. Conforme prega Elton Venturi:

> Nada impede que, submetidas ao devido gerenciamento institucional (a envolver a integração das diversas instâncias internas do Ministério Público), ao necessário debate social (viabilizado pelo instrumento das audiências públicas) e à devida fiscalização jurisdiciona (ainda que meramente homologatória), possíveis negociações travadas por via do compromisso de ajustamento de condutas ou outros mecanismos judiciais ou extrajudiciais (como a mediação) passem a representar modelo social muito mais legítimo e efetivo para a solução eficiente de difíceis e por vezes antigos conflitos, pragmaticamente irresolúveis pela tradicional técnica da sentença adjudicatória"[22].

Há possibilidade de ocorrer o compromisso de ajustamento de conduta extrajudicial traz à tona o debate sobre a sua oportunidade na fase judicial, eis que não há, no contexto da Lei da Ação Civil Pública qualquer referência a viabilidade de ocorrência de transação visando o ajustamento de conduta no curso do procedimento judicial. Não vislumbramos, no entanto, qualquer óbice a esta possibilidade, eis que resulta, na verdade, da dedução lógica de que aquilo que pode ser concretizado na fase pré-processual poderá, naturalmente, ocorrer

[22] Transação de direitos indisponíveis? Revista de Processo, v. 251, jan. de 2016, p. 391-426.

no decurso da demanda, fase em que, inclusive, poderá contar com o prudente crivo do Poder Jurisdicional. Nesta linha se coloca Alexandre Amaral Gavronski, ao afirmar:

> Ofenderia os princípios básicos de interpretação jurídica entender que os legitimados coletivos podem compor com os responsáveis fara do processo judicial, sem qualquer fiscalização, e não podem fazê-lo no curso da ação civil pública, em que a solução ficará sujeita à apreciação judicial[23].

Em ambos é importante que se atente para a representatividade adequada, que é uma problemática que oferece considerável complexidade, que ainda não alcançou no âmbito da doutrina nacional o destaque que encontrou no direito comparado. O artigo 5º, § 6º da Lei da Ação Civil Pública refere que qualquer órgão público estaria legitimado para a realização desta *transação*, o que envolve o Ministério Público, as Defensorias Públicas e a Advocacia Pública. Porém, o artigo 784, IV do Código de Processo Civil atual reconhece o caráter de título executivo extrajudicial às transações referendas pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores, ou pelos conciliadores ou mediadores credenciados pelos Tribunais.

Já quanto ao compromisso de ajustamento de conduta firmado no seio de demanda judicial a questão da legitimidade é de certa forma amenizada, na mediada em que no processo coletivo haverá a presença do Ministério Público na condição de fiscal da ordem jurídica, o qual terá, portanto, oportunidade para se manifestar antes da homologação judicial do acordo.

---

[23] Autocomposição no novo CPC e nas ações coletivas, Processo Coletivo, Coord. Hermes Zaneti Jr., Salvador: Juspodivum, 2016, p. 347. O autor vai além, pregando que *"raciocínio similar se aplica à ação popular, em que os limites da autocomposição são, contudo, ainda mais estreitos, bastante próximo a um reconhecimento jurídico do pedido pelo réu quanto à invalidade do ato impugnado, mas com alguma margem de composição quanto às perdas e danos, podendo interessar ao réu para o fim de ver-se livre do pagamento de custas e despesas processuais".*

Cabe, ainda, lembrar que a Codificação Processual de 2015 inovou ao autorizar a utilização da figura da produção antecipada de provas como instrumento que estimula a autocomposição. Vejamos a dicção do referido texto: *"art. 381. A produção antecipada de prova será admitida nos casos em que: II – a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução do conflito"*. Acreditamos que este foi um grande avanço na concretização da efetiva tutela dos direitos coletivos, que passam a contar com este mecanismo mesmo antes da lide vir a tornar-se litigiosa, e que poderá vir a ter atuação decisiva na celebração do termo de compromisso de ajustamento de conduta.

A compatibilidade da audiência de conciliação e mediação com o processo coletivo

A audiência de conciliação ou de mediação foi concebida pelo Codificador de 2015 como um instrumento de estímulo à autocomposição, consistindo num mecanismo de viés vinculativo. Esta audiência assume a status de primeiro ato do processo após a citação, somente não se realizando quando ambas as partes manifestarem, de forma expressa, seu desinteresse na composição consensual ou nas hipóteses em que o direito envolvido não comportar autocomposição.

Então, se questiona sobre a sua adequação aos procedimentos coletivos.

Tomando-se como referência de demanda coletiva a Ação Civil Pública, esta parece não oferecer grandes variações em relação ao procedimento comum regulado no Código de Processo Civil.

Inicialmente, na versão originária, o procedimento da Ação Civil Pública apenas se destacava em relação à sistemática geral do procedimento ordinário codificado em relação à presença de liminar e a apelação interposta em relação à sentença não possuir efeito suspensivo automático. No restante, havia perfeita coincidência entre o procedimento comum e o desta ação coletiva. Com o advento da figura da tutela antecipada

na década de noventa, a proximidade entre o procedimento comum e aquele a ser observado nesta demanda coletivo ficou ainda mais intensa.

No contexto da Codificação atual o procedimento comum sofreu a alteração da inclusão da audiência de mediação e conciliação. Neste sentido, alterando-se o procedimento civil padrão, altera-se também o rito da Ação Civil Pública, mantendo as suas demais peculiaridades.

Acreditamos que a presença da audiência de conciliação e mediação no procedimento coletivo da Ação Civil Pública também pode ser justificada pela referida *vocação* deste processo coletivo à autocomposição, confirmada pela adoção do compromisso de ajustamento de conduta tanto na fase extrajudicial como judicial. Neste contexto, a oportunidade da audiência de conciliação e mediação mostra-se como um momento processual oportuno para que as partes venham a debater sobre eventual compromisso de ajustamento de conduta já na etapa processual. Além disso, como salientam Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron o uso da audiência inaugural do CPC/2015 não deve se limitar à busca da solução autocompositiva no aspecto material do litígio, sendo permitida a sua utilização *"para uma negociação processual dos sujeitos processuais para calendarização do procedimento e ajustes acerca de faculdades e ônus"*[24].

De outra banda, não parece haver motivos justificáveis para se afastar o processo coletivo da política de estímulo à solução negociada dos conflitos.

Veja-se que o próprio texto codificado, ao tratar do tormentoso tema dos litígios coletivos sobre a posse urbana ou rural, prevê a realização de audiência de mediação, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, ou para os casos em que a liminar concedida não for executada no prazo de um ano a contar da data da distribuição. Nesta hipótese, os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do

[24] Novo CPC – Fundamentos e sistematização, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 244.

Distrito Federal e de Município onde se situe a área objeto do litígio poderão ser intimados da audiência, a fim de se manifestarem sobre seu interesse no processo e sobre a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório.

A viabilidade da realização da audiência de conciliação e mediação na Ação Civil Pública é defendida por Hermes Zanetti Jr. e Fredie Didier Jr., os quais chegam a afirmar que o Ministério Público e a Defensoria Pública têm o dever funcional de estimular a autocomposição, não podendo, portando, se manifestarem no sentido de recursar a sua efetivação[25].

Negócios jurídicos processuais em direitos coletivos

Dentre as diversas inovações do Código de Processo Civil atual encontramos também a previsão sobre os chamados negócios jurídicos processuais, consagrada no artigo 190, nos seguintes termos: *"versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo*". Criou-se, assim, a possibilidade de *contratualização do processo*[26].

A *cláusula geral* dos negócios jurídicos processuais inicia a sua redação com a referência à sua extensão às causas que admitam autocomposição. Vale, portanto, aqui, a análise feita anteriormente em relação a necessidade de evitar a vinculação entre direitos indisponíveis e vedação de autocomposição. Há, inclusive, conclusão do Fórum Permanente de Processualistas Civis esclarecendo a viabilidade de realização de negócios

---

[25] Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em Direitos Coletivos. In: Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos, Coord. Hermes Zaneti Jr. e Trícia Navarro Xavier Cabral, Salvador: Juspodivum, 2017, p. 49.

[26] Expressão utilizada por Érico Andrade (A contratualização do processo no novo Código de Processo Civil, In: Novo CPC: doutrina selecionada, v. 1, Parte Geral, Coord. Fredie Didier Jr., Salvador: Juspodivum, 2015, p. 1045-1045-1065).

jurídicos processuais que não são sujeitos à disposição (enunciado nº 135: *"a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual"*). Alexandre Freitas Câmara, ao tratar desta temática, oferece o exemplo da matéria referente ao direito a alimentos, que embora de natureza indisponível, admite autocomposição, e, por consequência, a formação de negócio jurídico processual[27]. Veja-se que a dicção normativa não aludiu a *disponibilidade* (ou indisponibilidade) do direito em questão, mas tão somente a possibilidade de estes estarem sujeitos à transação. Embora possa parecer paradoxal, há direitos indisponíveis que são suscetíveis de serem transacionados[28]. Neste sentido, Antonio do Passo Cabral argumenta:

> De um lado, a disponibilidade do direito material não gera necessariamente a disponibilidade sobre o processo ou sobre a tutela jurisdicional desses mesmos direitos. Os interesses materiais em disputa podem ser indisponíveis, mas ainda assim as partes podem acordar sobre inúmeros aspectos processuais, como a eleição de foro, redistribuição do ônus da prova, suspensão do processo, dilação de prazos, preclusões e formalidades dos atos do processo. Pensemos em um litígio envolvendo um incapaz: seria inadmissível

[27] O novo Processo Civil brasileiro, São Paulo: Atlas, 2015, p. 126. O autor indica casos em que a liberdade de celebração de negócio jurídicos processuais sofreria restrições: *"seria, por exemplo, vedada a celebração de negócios jurídicos processuais em um processo cujo objeto seja o reconhecimento da prática de ato de improbidade administrativa. O negócio jurídico também não pode afastar posições jurídicas que sejam inerentes ao modelo processual dotado no Brasil, como se daria, por exemplo, com um negócio jurídico processual que dispensasse o contraditório ou a boa-fé (FPPC, enunciado 6: 'O negócio processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação'). Do mesmo modo, não se admite negócio processual destinado a excluir a intervenção obrigatória do Ministério Público no processo (FPPC, enunciado 254), ou a intervenção do amicus curie (FPPC, enunciado 392)"*.

[28] Cf. Arruda Alvim *"ainda, que a disponibilidade do direito material não encerra, necessariamente, a disponibilidade de todo e qualquer direito processual; o que não se permite é o contrário, i.é., que, sendo o objeto do processo um direito insuscetível de transação, sejam celebrados negócios jurídicos processuais atípicos"* – Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, 17ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 580-581.

> uma convenção que alterasse prazos para ampliá-los em favor do incapaz?[29]

É importante destacar que nas convenções processuais não se está agindo (transacionando) sobre o direito em si, objeto do litígio entre as partes, com o escopo de pôr fim ao conflito, mas tão somente dispondo sobre as *regras do jogo* no qual o direito material será disputado[30].

São exemplos de hipóteses onde os negócios jurídicos processuais podem se mostrar úteis: (a) escolha convencional do perito ou de não nomeação de assistente técnico; (b) disponibilização prévia de documentos; (c) convenção para ampliação de prazos; (d) fixação de financiamento do custo da prova; (e) definição do número de testemunhas que cada litigante poderá arrolar; (f) pacto renunciando a produção de determinada espécie de prova, como testemunhal ou pericial[31]; (g) convenção sobre a distribuição do ônus probatório; (h) predeterminação de substituição de alegações finais por memoriais escritos; (i) organização de calendário processual; (j) pacto de não recorrer[32]. Por outro lado, fica afastada esta

---

[29] Convenções processuais, Salvador: Juspodivum, 2016, p. 298.

[30] Cf. Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Ludmila Camacho Duarte Vidal, Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da Lei de Mediação no compromisso de ajustamento de conduta, Revista de Processo, v. 256, jun. de 2016, p. 371-409.

[31] Neste sentido, Alexandre Freitas Câmara leciona: *"poder-se-ia, então, afirmar a validade de um negócio processual em que as partes tenham convencionado a inadmissibilidade de um determinado meio de prova? Afinal, o juiz tem o poder de determinar, ex officio, as provas que entenda necessárias para o julgamento da causa. A resposta, porém, é inegavelmente positiva"*, detalhando: *"em primeiro lugar, é preciso perceber que se, de um lado é das partes o ônus da prova, além de terem elas o ônus de praticar aos necessários à produção das provas. Assim, por exemplo, de nada adiantaria o juiz determinar, de ofício, a produção de prova pericial se as partes convencionaram que não haveria pagamento de honorários ao perito. Do mesmo modo, de nada adiantaria determinar ex officio a produção de prova testemunhal se as partes convencionaram não arrolar qualquer testemunha"* – O novo Processo Civil brasileiro, São Paulo: Atlas, 2015, p. 127.

[32] Veja-se os enunciados nº 19 e 21 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, respectivamente: "*São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória*"; e "*São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para am-*

disposição em relação a questões de ordem pública, que fogem ao poder dispositivo das partes[33].

Parece que não há maiores restrições a esta figura no âmbito dos direitos coletivos, na medida em que podem resultar como mecanismos úteis para a gerência e planejamento do processo, cabendo a sua celebração tanto na fase pré-processual (ou seja, durante o Inquérito Civil, ou mesmo constando em cláusula do termo de ajuste de conduta)[34], como no curso do procedimento, *v.*g., na oportunidade da audiência de conciliação e mediação ou na fase de organização e saneamento do feito.

A viabilidade de convenção processual nas questões que envolvem direito coletivo conta com o respaldo do Fórum Permanente de Processualistas Civis que, ao emitir o enunciado nº 253, dispondo: *"o Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte havendo"*, e, mais expressamente, na dicção do enunciado nº 255: "é admissível a celebração de convenção processual coletiva".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme afirmado no início do presente ensaio, o processo civil brasileiro está experimentando uma fase de transformações radicais na sua própria essência, trazendo uma série de desafios a serem enfrentados

---

pliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais".

[33] O enunciado nº 20 do Fórum Permanente de Processualistas Civis orienta que *"não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância"*; na mesma direção, o enunciado nº Enunciado n. 254 dispõe: *"é inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica"*.

[34] Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron visualizam a maior aptidão da fase pré-processual para a formação de negociações processuais, uma vez que projetam os ajustes antes da eclosão do litígio (Novo CPC – Fundamentos e sistematização, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 262).

no caminho em direção a obtenção de uma melhor e mais qualificada prestação jurisdicional.

Neste contexto, a inserção do modelo de *Justiça Multiportas*, realizando a combinação entre a técnica tradicional de justiça estatal com novos meios de solução dos conflitos por meio de autocomposição e heterocomposição, proporciona um novo cenário no âmbito da efetivação do direito de acesso à justiça. O monopólio da Justiça Estatal abre espaço para um sistema que oferece uma série de caminhos (portas) a serem trilhados para o alcance da solução da lide, nem sempre marcados pela típica animosidade de uma demanda litigiosa, mas com destaque para a presença de mecanismos de composição consensual dos litígios. Neste emaranhado, o recurso à resolução da lide por meio da decisão do Poder Judiciário passa a ser apenas uma das possibilidades.

Esta nova realidade não é desconhecida no âmbito da tutela dos direitos coletivos, no qual o microssistema do processo coletivo se mostra receptivo ao modelo de *Justiça Multiportas*, que já não lhe era integralmente estranho e que, agora, passa a se fazer mais presente, por influência desta tendência de adoção de um sistema judicial mais aberto e desmonopolizado do Poder Judiciário.

No presente ensaio, buscamos demonstrar a inequívoca aptidão dos direitos coletivos ao modelo de *Justiça Multiportas*, destacando a presença da viabilidade de transação em relação a questões que envolvam interesses coletivos, em especial por meio da revitalização do compromisso de ajustamento de condutas, da submissão das demandas coletivas à audiência de conciliação e mediação e da viabilidade de celebração de negócios jurídicos processuais nesta esfera, auxiliando, assim, no melhor gerenciamento dos processos coletivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Érico. A contratualização do processo no novo Código de Processo Civil. *In:* **Novo CPC**: doutrina selecionada, v. 1, Parte Geral, Coord. Fredie Didier Jr., Salvador: Juspodivum, 2015, p. 1045-1065.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. *In*: ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivum, 2016, p. 319-332.

_____. **Convenções processuais**. Salvador: Juspodivum, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo Processo Civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; LESSA NETO, João Luiz. Medição e conciliação no Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Novo CPC**: doutrina selecionada. Parte Geral. Salvador: Juspodivum, 2015, p. 259-270, v. 1.

CARVALHO, Fabiano. O princípio da eficiência no Processo Coletivo – Constituição, Microssistema do Processo Coletivo e novo Código de Processo Civil. *In*: ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivum, 2016, p. 471-485.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas ações coletivas. *In:* ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivum, 2016, p. 333-361.

NASCIMBENI, Asdrubal Franco. Os meios extrajudiciais de solução de conflitos como forma adequada de pacificação social e a tendência à desjudicialização, **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 52, jan.-mar. de 2017, p. 221-258.

NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de.; VIDAL, Ludmila Camacho Duarte. Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da Lei de Mediação no compromisso de ajustamento de conduta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 256, jun. 2016, p. 371-409.

REICHELT, Luis Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 258, ago. 2016, p. 41-58.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC** – Fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 251, jan. 2016, p. 391-426.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; DIDIER JÚNIOR, Fredie. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em Direitos Coletivos. *In:* ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord). **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivum, 2017, p. 35-66.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Apresentação a obra **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivum, 2017, p. 05-10.

O CPC/2015 E A JUSTIÇA MULTIPORTAS: UMA NECESSIDADE DE SUA COMPREENSÃO

Marco Félix Jobim[1]

INTRODUÇÃO

Ao passar dos anos, uma legislação, mesmo que tenha clausulas abertas, cláusulas gerais, diretrizes principiológicas, pode vir a desgastar-se, mesmo que se tenha uma atividade interpretativa atuante sobre a mesma. Mudam, em algumas ocasiões, as bases legais que devem refletir na reinterpretação do modelo. Diante da afirmativa realizada, existe um fato objetivo que passa a ser notório com o Código de Processo Civil de 1973, qual seja, o de que experimentou desgastes naturais, além de ter passado por modificações legislativas que romperam com as diretrizes para as quais foi pensado na década de 70, tempo em que vigorava um pensamento bastante formalista para o estudo do processo. Diante disso, mercê das imensas modificações sociais, políticas, financeiras e econômicas que sucederam nas últimas décadas, o Brasil se depara com a mudança de sistema processual civil, com o advento da Lei 13.105/15.

[1] Advogado e Professor do Programa de Pós-graduação em Direito *stricto sensu* da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito.

Fruto de intenso debate doutrinário, acompanhando em parte as decisões judiciais, de olho no modelo constitucional do processo, o legislador optou por elaborar diploma processual que inicia com suas normas fundamentais, confirmando – se é que havia necessidade –, algumas garantias processuais constitucionais na lei ordinária como o direito de acesso ao Poder Judiciário, a duração razoável do processo, a paridade de armas, a legalidade, a publicidade, a eficiência, o contraditório, a publicidade e a motivação das decisões judiciais, e algumas outras que poderiam estar mais silentes no texto da Constituição, como a cooperação e a boa-fé objetiva.

Nesse quadro, na parte geral do Código de Processo Civil, reside um dos dispositivos de importância crucial, qual seja, o art. 3º, que oportunamente reforça a abertura das portas do Poder Judiciário ao jurisdicionado, mas que, nos seus §§ 1º, 2º e 3,º deixa aberto, em tons inéditos, o espaço para começar a se pensar não mais em formas alternativas de resolução de controvérsias, mas sim numa justiça multiportas, que pode tento solucionar litígios independentes da via jurisdicional[2] ou inseridos nela.

As presentes linhas, em que pese não terem qualquer intenção de esgotamento do tema, tratarão de, justamente, descrever o novo dispositivo legal para, ato contínuo, elucidar que formas alternativas são estas ou se realmente são formas alternativas e se significam legítimo contributo para destravar o gargalo jurisdicional.

1 JUSTIÇA MULTIPORTAS COMO FORMA DE SE TRATAR O FENÔMENO

A forma de resolução de conflitos por excelência no Brasil ainda é a jurisdição, atribuição esta pertencente ao Estado, por meio do processo, o

[2] Alguns deles e as razões de suas existências são lembrados por Ricardo Luis Lorenzetti ao referir: "Este enfoque abrió uno mucho más amplio que permitió distinguir entre el conflicto y su judicialización. Por esta razón, surgieron métodos alternativos o no judiciales como la mediación o el arbitraje; mecanismos de atención más cercana a lós reclamantes como lãs oficinas multipuertas, o de violência doméstica". Lar mais em: LORENZETTI, Ricardo Luis. **Justicia colectiva**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2010. Entre as páginas 26-29.

que, por atividade substitutiva, ditará o direito no caso concreto, substituído a vontade das partes. mas há que se perguntar se não se pode ter outros meios ou formas de solução de controvérsias que independa da atividade jurisdicional. Por certo há alguns mecanismos que, ao longo dos anos, tem retirado uma gama, ainda tímida, das mãos do Poder Judiciário e pontuado o Direito, como, num primeiro momento, pode-se apontar a arbitragem.

Tais meios, ou técnicas, tem denominação diferenciada na doutrina, sendo que se pode apontar algumas delas, como a mais conhecida ADR (Alternative Dispute Resolution), que vem perdendo bastante espaço como se pode inferir da leitura de Fredie Didier Jr[3] ou de Fernanda Tartuce[4], ou as mais recentes como formas consensuais de solução de litígios, formas adequadas de solução de litígios ou, ainda, a de justiça multiportas que vem ganhando bastante espaço na doutrina brasileira.

Como pontuam Hermes Zaneti Jr. e Trícia Navarro Xavier Cabral[5], a justiça multiportas é uma nova forma de ver a tutela dos direitos, permitindo a todos e a qualquer tempo o acesso, abrindo-se mão de conceitos

---

[3] Mantem-se a tradução no título para ADR sendo formas alternativas de resolução de conflitos sendo que, no texto, será trocada alternative como adequada, mantendo-se a ideia de formas adequadas de resolução de conflitos. Para tanto, leia-se: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coordenadores); DIDIER JR., Fredie (coordenador geral). Salvador: Juspodivm, 2017. p. 37. Apontam: "O que importa atualmente, como visto, não é mais o selo da 'alternatividade', de todo duvidosa, aposto à conciliação ou à mediação".

[4] TARTUCE, Fernanda. Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar? In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). **Negociação, mediação e arbitragem**: curso básico para programa de graduação em direito. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 149-178. p. 149-150. Refere a articulista que a letra "A" está sendo repensada para que represente *appropriate* e não *alternative*, uma vez que melhor que os mecanismos sejam adequados do que alternativos.

[5] ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coordenadores); DIDIER JR., Fredie (coordenador geral). **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 5. Apontam os autores, na apresentação à obra, para o conceito: "A justiça multiportas é a expressão de uma nova arquitetura para a tutela dos direitos", e seguem: "Ao invés de uma só porta que permite o acesso de todos e a qualquer tempo, sem distinções subjetivas, objetivas ou teleológicas, a justiça passa a apresentar muitas alternativas de acesso, diversas portas, diversas justiças, para uma só finalidade", e complementam: "Abandonam-se as linhas clássicas para aceitar a construção de um edifício pós-moderno, contemporâneo e atual, com design arrojado e funcional, sintonizado com o nosso tempo".

clássicos sobre a forma única e exclusiva de se acessar a Justiça. O que importa neste momento é realizar uma análise do artigo 3º do Código de Processo Civil brasileiro e seus §1º, §2º e §3º, com a intenção de definir o alcance que o legislador desejou atribuir aos mesmos e saber o que estaria ou não liberado como forma de justiça multiportas.

2 PROBLEMAS QUE LEVAM À JUSTIÇA MULTIPORTAS

Não há no presente estudo uma crítica mais aprofundada ao modelo tradicional de resolução, gerenciamento ou transformação[6] de controvérsias que é, em solo brasileiro, a jurisdição, ao trabalhar-se com o tema da justiça multiportas, mas tão somente se está apresentando a matéria que leva em conta que determinados segmentos da sociedade não querem enfrentar seu processo no Poder Judiciário[7], em razão do próprio desgaste público de suas

---

[6] LEDERACH, John Paul. Transformação de conflitos. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012. p. 17. Gerenciamento e transformação já são nomenclaturas mais contemporâneas demonstrando um outro viés que se deve dar ao tema. Para o autor: "Considero 'transformação de conflitos' uma expressão precisa porque estou engajado em esforços de mudança construtiva que incluem e vão além da resolução de problemas específicos e pontuais. Trata-se de uma linguagem correta do ponto de vista científico porque se baseia em duas realidades verificáveis: o conflito é algo normal nos relacionamentos humanos e o conflito é um motor de mudanças. A palavra 'transformação' oferece uma imagem clara e importante, pois dirige nosso olhar para o horizonte em direção ao qual estamos caminhando: a construção de relacionamentos e comunidades saudáveis, tanto local como globalmente. Um objetivo assim demanda mudanças verdadeiras no modo como nos relacionamos hoje".

[7] BERMURDES, Sérgio. **Direito processual civil**: estudos e pareceres: 3ª série. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 6-7. Escreve o autor: "Paralelamente ao aperfeiçoamento do processo judicial, e consideradas as suas deficiências, aparecem, então, as alternativas para as partes desavindas, como: a conciliação, conduzida por não juízes, que se devem preservar para as funções mais complexas de processar e julgar, mas por pessoas idôneas que atuem sob a supervisão de órgãos judiciais; a mediação, que vai se institucionalizando nos países de primeiro mundo, onde se obtém a interferência de terceiro qualificado que, mostrando aos contentores as vantagens da composição, os estimula ao acordo; o juízo arbitral, que entrega o caso à decisão de pessoas especializadas na matéria controvertida, que só dele se ocuparão; a dinamização do contencioso administrativo, no qual a administração, através de órgãos confiáveis e específicos, se torna juíza dos seus próprios atos. Essas alternativas de justiça, mais prestantes que a perigosa justiça alternativa, claramente inconstitucional, convêm aos jurisdicionados porque lhes tutelam as pretensões sem as demoras do processo e, simultaneamente, aliviam o Poder Judiciário de uma carga considerável de causas".

funções, como lembra Fernando Horta Tavares[8] e César Augusto de Castro Fiuza[9]. Todavia, mesmo não tendo a pretensão de se esgotar com a matéria, o estudo estaria longe de complementação se não tocasse, mesmo que de forma sucinta, nas algumas das outras formas que se pode considerar como afeitas à justiça multiportas (note-se que faz-se, novamente, alusão a ADRS – *Alternative Dispute Resolution System*[10] para o leitor desavisado da nova forma de tramaneto do tema). A matéria que está em franco crescimento[11], sendo que algusn a colocam inserida na Teoria Geral do Processo, como Petrônio

[8] TAVARES, Fernando Horta. Mediação, processo e Constituição: considerações sobre a autocomposição de conflitos no novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 57-74. p. 58. Refere: "De há muito afirmam-se como recorrentes os estudos conducentes à afirmativa do desgaste da função pública estatal de conhecer, processar e julgar os litígios postos ao Estado-juiz, isto é, o exercício da jurisdição em moldes que nos remetem à indagação se ainda não estaríamos dependentes, no Brasil, de um aparato de resolução de controvérsias submetido a estruturas estatais ainda burocráticas, lentas, pesadas, complexas e que é resultante de decisões 'tudo ou nada' para os Sujeitos do conflito, revelador de alto grau de insatisfação e de frustração por parte dos cidadãos, a re-ensejar a continuidade do conflito pela utilização indiscriminada, conquanto constitucional, de Recursos aos Tribunais".

[9] FIUZA, César Augusto de Castro. Formas alternativas de solução de conflitos. In: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; DIAS, Ronaldo Brêtas C. (Coord.). **Temas atuais de direito processual civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 73-100. p. 74.

[10] SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010. p. 294-295. Expõe a autora: "O contexto cultural contemporâneo fomentou e, principalmente, determinou o surgimento de outras práticas de tratamento de conflitos de modo responsável – por indivíduos, organizações e comunidades –, possibilitando o diálogo e promovendo uma mudança de paradigmas. Essas práticas se conduzem em caminho diverso daquele até então privilegiado pela cultura jurídica que funcionava em torno de uma lógica determinista binária, na qual as opções limitadas a 'ganha' ou 'perder'. Essas práticas passam a observar a singularidade de cada participante do conflito, considerando a opção de 'ganhar conjuntamente', construindo em comum as bases de um tratamento efetivo, de modo colaborativo e consensuado". E finaliza: "Tais práticas tiveram origem nos Estados Unidos sob o nome de *Alternative Dispute Resolution* (ADR), expressão reservada para designar todos os procedimentos de resolução de disputas sem a intervenção de uma autoridade judicial. Conceitualmente, trata-se de vários métodos de liquidação de desajustes entre indivíduos ou grupos por meio do estudo dos objetivos de cada um, das possibilidades disponíveis e a maneira como cada um percebe as relações entre os seus objetivos e as alternativas apresentadas".

[11] Inclusive tendo sido criada na USP disciplina na graduação em Direito sobre mediação e conciliação judiciais e extrajudiciais de 2012. Ver: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; Silva, Paulo Eduardo da (Coord.). **Negociação, mediação e arbitragem**: curso básico para programas de graduação em Direito. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. ix.

Calmon[12]. Esse crescimento também pode ser visto como parte de respostas diversas que devem ser encontradas em razão de se viver numa sociedade hipercomplexa ou de progressiva complexidade[13], sendo que, muitas vezes, novas situações devem ser resolvidas por novos modelos de resolução de conflitos. Cumpre lembrar, de mesma forma, que a Lei n. 13.105/15 – Código de Processo Civil brasileiro –, aposta, e muito, na justiça multiportas, estando tal previsão no capítulo destinado às normas fundamentais do processo, encontrando guarida no seu artigo 3º, como já referido, tendo, até em razão do *locus* no qual se encontra no CPC/2015, uma função estruturante como referem Hermes Zaneti Jr., e Trícia Navarro Xavier Cabral[14].

Há que se relembrar que um marco para o tema foi a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça que, como expõe Ana Cândida Menezes Marcato[15], tem no seu artigo 1º[16] o compromisso com a obrigatoriedade

---

[12] CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 4-5. Refere o autor: "O trabalho se insere na teoria geral do processo, ramo do direito processual que se ocupa dos aspectos jurídicos do conflito (lide) e dos institutos fundamentais relacionados aos meios de sua solução. A tese identifica a autocomposição dentre os meios de solução dos conflitos e sistematiza os mecanismos para sua obtenção. Nesse exercício, sobressai sua natural amplitude, pois assim como a teoria geral do processo cuida do direito processual civil e penal, neles identificando alicerces comuns, o mesmo ocorre com o estudo da autocomposição, que deve ser realizado considerando suas dimensões civil e penal".

[13] ASSIS, Araken. **Processo civil brasileiro**: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. I. p. 56.

[14] ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coordenadores); DIDIER JR., Fredie (coordenador geral). **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 6. Escrevem os coordenadores na apresentação: "Neste sentido, é fora de dúvida que o CPC/2015 tem como pilar o princípio e o dever de estímulo a solução consensual de litígios. O princípio foi estabelecido como norma fundamental, na parte geral do Código, e atinge inclusive todos os demais processos e procedimentos não-codificados pela função estruturante que esta parte geral exerce no ordenamento (re)codificado (Art. 3º, §3º)".

[15] MARCATO, Ana Cândida Menezes. A audiência do art. 344 do Código de Processo Civil. In **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coordenadores); DIDIER JR., Fredie (coordenador geral). Salvador: Juspodivm, 2017. p. 131. Refere: "Assim, percebe-se que um dos pontos de destaque do artigo 1º da Resolução 125/CNJ consiste, justamente, na obrigatoriedade de o Poder Judiciário, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de solução de controvérsia, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação".

[16] Eis a redação: "Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13). Parágrafo

do Poder Judicário oferecer mecanismos diversos daquele que lhe é mais conhecido, ou seja, a declaração do Direito mediante decisão judicial. Também é de ser referida a Resolução n. 118/2004 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) que instituiu a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição, como lembra Luciano Badini[17]. A ideia das formas adequadas toma tamanha grandeza que não é raro vermos um artigo[18] ou obra dedicado ao tema em relação a Fazenda Pública[19], o que deixa de ser uma quase tabu para tornar-se uma realidade. Ainda, há que ser recordado que uma das questões negativas que existe em meios que apontam serem ditos como conciliatórios de conflitos é a questão do desequilíbrio de poderes, crítica muito bem realizada por Owen Fiss[20], um dos grandes pensadores

---

único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)". Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579. Acesso: 07 dez 2016.

[17] BADINI, Luciano. Reflexões sobre a negociação e a mediação para o Ministério Público. In **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coordenadores); DIDIER JR., Fredie (coordenador geral). Salvador: Juspodivm, 2017. p. 229.

[18] MADUREIRA, Cláudio Penedo. O Código de Processo Civil de 2015 e a conciliação nos processos envolvendo a Fazenda Pública. In **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coordenadores); DIDIER JR., Fredie (coordenador geral). Salvador: Juspodivm, 2017.

[19] RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. O capítulo 15 da obra é de leitura recomendável para compreensão da afirmação.

[20] FISS, Owen. **El derecho como razón pública**. Traducción de: Esteban Restrepo Saldarriaga. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 131. Aduz: "Al concebir el juicio como una disputa entre los vecinos, la narrativa de la resolución de conflictos que subyace a la RAC exige, de manera implícita, que se assuma que entre los contendientes existe una igualdad más o menos similar. De igual modo, concibe la conciliación como una anticipación del resultado del juicio y asume que SUS términos son simplemente el producto de las predicciones de las partes acerca de este resultado. Sin embargo, ló cierto es que la conciliación también está en función de los recursos de que dispone cada parte para financiar el proceso, los cuales, con frecuencia, están distribuídos de manera desigual. En muchos casos, los litígios no surgen de un conflicto de propriedad entre dos vecinos sino de una disputa entre un miembro de una monoría racial y un departamento municipal de polícia en torno a un incidente de brutalidad policial, o de la reclamación de un trabajador contra una gran compañía surgido con ocasión de un accidente de trabajo. En estos casos, la distribuición de los recursos financieros o la capacidad de cualquiera de las partes para ignorar los costos, infectarán, de manera invariable, el proceso de nogociación. En los

estadunidense sobre *civil procedure* e sempre é de ser lembrada a lição de José Ignacio Botelho de Mesquita[21] do perigo que é a troca do devido processo legal pelos meios alternativos de resolução de conflitos.

3 ART. 3º E §§ DO CPC/2015 E REFORÇO À ABERTURA CONSTITUCIONAL

No plano linguístico e sistêmico, verifica-se que a redação do artigo 3º reforça a previsão constitucional do artigo 5º, XXXV[22], ao conceder ao cidadão a garantia de acesso ao Poder Judiciário sempre que ocorrer lesão ou ameaça a seu direito. Já os §§ pertencentes ao art. **3º do novo texto processual introduziram abertura inédita para que sejam cogitados um sistema de justiça multiportas, distintos dos tradicionalmente praticados entre nós.**

O §1º do art. 3º em nada é inovador, uma vez que dispõe sobre aquilo que a Lei 9.307/06 já sacramentou algum tempo, com a chancela do Supremo Tribunal Federal[23] ao julgar a Sentença Estrangeira 5.206, ao dispor que **é**

---

casos, la conciliación entrará en contradicción con una concepción de la justicia empeñada en la irrelevancia de la capacidad econômica de las partes".

[21] MESQUITA, José Ignacio Botelho de. Teses, estudos e pareceres de processo civil: jurisdição constitucional das liberdades e garantias, execução de decisões do CADE, processo cautelar, outros estudos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. vol. 3. págs. 13-14. Refere: "Nada a estranhar que por outras sendas se encaminhasse a doutrina posterior. Da Constituição de 1988, consentida pelo regime militar, não era lícito esperar que removesse o entulho autoritário acumulado nas leis e nos legisladores nos vinte anos precedentes. E de fato o não removeu. Escondeu-o por baixo do tapete, de onde, aparentando ecológica inocuidade, escorre e se espraia erodindo os tecidos mais saudáveis da ordem jurídica. Nada a estranhar nas consequências que decorrem naturalmente deste rastejar: o colapso do Judiciário, a infantilização do discurso jurídico, a primazia dos meios alternativos sobre o devido processo legal, a lenta e penosa volta às cavernas em suma. O que não se pode é compactuar com elas, deixar de denunciá-las e renunciar à restauração dos tecidos dilacerados".

[22] A redação é praticamente a mesma. Segue a do texto constitucional: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

[23] Merece registro que existem, no sistema normativo brasileiro, previsões de arbitragem na seara do Direito Administrativo, como se verifica, por exemplo, no art. 23-A da Lei 8.987/95: O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996.

permitida a arbitragem na forma da lei. O §2º, a seu turno, ostenta, a despeito de sua só aparente singeleza, alcance vasto, ao determinar, em caráter mandatório, que o *Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos*. Com largueza, parece intentar promover a consensualização à condição de regra preferencial, o que acaba robustecido no §3º, ao prescrever que *a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial*. Ora, quer seja por uma interpretação abrangente do texto constitucional, quer seja pela ideia de que o mesmo foi, também, densificado pelo art. 3º, CPC/2015, inegável pensar que se está diante de uma ferramenta que poderá anunciar uma nova forma se aplicar a justiça longe das amarras do Estado.

4 DO CONFLITO EM SOCIEDADE À JUSTIÇA MULTIPORTAS E NOVOS MECANISMOS EXISTENTES

Os seres humanos têm, em suas essências, vontades, sendo que estas, quando estão em contraposição, causam determinada indisposição, pois dificilmente um abrirá mão do que deseja em prol de outro. Instaura-se, assim, uma lide. Quando ilimitadas são as vontades e limitados são os bens que se deseja, é inerente que ela se instaure. Assim, esclarecendo, quando dois desejam o mesmo bem surge o que se pode definir como interesse, e a lide surge quando ambos não abrem mão de ficar com ele. Caso inexista, num primeiro momento, uma abnegação de um em detrimento de outro para aquela determinada vontade, como se resolve, nos dias de hoje, essa controvérsia surgida, quando se sabe que a força ou a astúcia já não podem ser considerados sinais contemporâneos de justiça? Para isso existem hoje determinadas formas autorizadas de resolução de conflitos[24] para tentar

[24] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 30. Apontam os autores quais entendem ser essas formas: "Os conflitos civis podem ser eliminados por ato dos próprios envolvidos, quando ocorre a autocomposição, ou mediante ato do Estado, através do processo individual ou do

diminuir, em especial neste momento histórico brasileiro, a litigiosidade existente que transforma 202 milhões de habitante em possíveis usuários do sietam judicial, como lembra José Renato Nalini[25].

Como se revela incontendível, nem sempre os seres humanos são cooperativos, o que não significa incapacidade de interação dialógica e de reciprocidade, base da moralidade. O *déficit* (não inelutável) de empatia e cooperação é a raiz mais profunda de onerosas (psicológica e financeiramente) indisposições individuais e coletivas. Instaura-se, nesse contexto, a lide. Quando enviesadas as partes, o normal é que se tornem elevados os custos de transação. Com efeito, se dois ou mais desejam o mesmo bem, surge o que se pode definir de interesses contrapostos; a lide propriamente nasce quando não abrem mão.

Caso não sobrevenha a renúncia de um em benefício de outro, emerge a necessidade de fórmulas juridicamente autorizadas de resolução de conflitos.[26]Pois bem: o modo jurisdicional de solução dos litígios, em que pese indescartável como recurso extremo, dá sinais evidentes de fadiga. Em toda parte, sobremodo nos grandes negócios, não há tempo a esperar. Irrompem conflitos em que flagrantemente todos perdem com a demora, atados a posições rígidas, não nos intereses ou em suas causas subjacentes.

---

processo coletivo, ou ainda por via da mediação ou da arbitragem (por um terceiro que não exerce o poder estatal)".

[25] . NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. In **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coordenadores); DIDIER JR., Fredie (coordenador geral). Salvador: Juspodivm, 2017. p. 27-28. Aduz o autor: "Esta, aparentemente, a sensação que o Brasil fornece ao mundo. Uma população de 202 milhões de habitantes propicia o espetáculo de mais de 100 milhões de processos judiciais, como se toda a nação estivesse a demanadar. Uma quarta parte de todo o movimento forense está na justiça comum de São Paulo. Aqui tramitam 25 milhões de ações, no Tribunal que, sem querer, é considerado o maior do planeta. São mais de 50 mil servidores, 2.501 magistrados e esse invencível número de demandas".

[26] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 30. Apontam os autores as formas: "Os conflitos civis podem ser eliminados por ato dos próprios envolvidos, quando ocorre a autocomposição, ou mediante ato do Estado, através do processo individual ou do processo coletivo, ou ainda por via da mediação ou da arbitragem (por um terceiro que não exerce o poder estatal)".

Um novo estilo menos adversarial de negociação[27] se impõe, aos poucos, no horizonte. Não por acaso, afloram, em escala crescente, técnicas de resolver os conflitos. No entanto, a especificidade e a complexidade do tema requerem tratamento especializado, no intuito de oferecer desenvoltura (cognitiva e não cognitiva) aos que lidam com tais métodos historicamente[28]peculiares de preservação ou restauração das relações sociais. Está-se, finalmente, chegando a um deles e que necessita ser melhor pesquisado e estuda, qual seja, o de justiça multiportas, devendo, o quanto antes, ser recebida a nomenclatura e relida ao sistema jurídico brasileiro como parte, ainda singela, mas importante, da doutrina tem feito.

Isto tudo vem dar guarida a abertura de cláusula incorporada no art. 3º, CPC/2015, não podendo os meios ou técnicas ficarem restritas àquelas mais difundidas no Direito pátrio, acompanhando uma considerável tendência internacional, notadamente em relação aos maiores "players."[29]Por outras palavras, aos métodos previstos podem ser incorporados outros tantos que integram o acervo de métodos disponíveis em vários quadrantes, como alguns expostos por Neil Andrews[30] ou por José Maria Rossani Garcez[31]. Por certo, não comporta aqui pretender uma referência exaustiva a tais métodos (v. g: "neutral evaluation",

---

[27] Sobre o novo estilo de negociação: **Harvard Business Review on Winning Negotiations**. Boston: Harvard Business Review Press, 2011.

[28] Sobre a história do ADR: MOFFIT, Michael e BORDONNE, Robert in **The Handbook of Dispute Resolution.** San Francisco: Jossey-Bass, 2007.

[29] STIPANOWICH, Thomas e LAMARE, Ryan Lamare in "Living with ADR: Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration, and Conflict Management in Fortune 1000 Corporations," **Harvard Negotiation Law Review**, Vol. 19, n.1, 2014, pp2-67.

[30] ANDREWS, Neil. **Andrews on civil processes**: arbitration & mediation. vol. II. Cambridge – Antwerp – Portland: Intersentia, 2013. Entre as páginas 6 a 9 o autor inglês vai expondo as formas e conceituando cada uma delas.

[31] Para tanto, exemplificativamente, basta analisar os nomes trazidos na obra: GARCEZ, José Maria Rossani. **ADRS**: Métodos alternativos de solução de conflitos: análise estrutural dos tipos, fundamentos e exemplos na prática nacional/internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. s/n. São eles: Adjudicação, arbitragem, arbitragem de última oferta (last offer arbitration), avaliação neutra, conciliação, consensus building, disputes: dispute review board – dispute adjudication board, expert opinion, fact-finding, facilitação, mediação, med-arb, medLOA – mediação e arbitragem de última oferta, mediação de Michigan, mini-trials, negociação, ombumdsman, partnering, summary jury Trial.

"collaborative law", **híbridos como "MED-ARB"), o que demandaria tarefa hercúlea e inacabável, mas apenas demonstrar que há outras, até mesmo mais conhecidas em sede doutrinária, que não habitam o catálogo tradicional, como** Ombudsman, Fact-Finding e a Facilitação, mostrando, desde já, só em nomenclatura, seis diferentes técnicas que não as ordinariamente conhecidas.

Apenas para uma singela referência em nível de conceituação, Ombudsman ou Ombudsperson[32], expressão de origem sueca que significa homem designado, com a função de, por assim dizer, atuar como terceiro imparcial, na condição de ouvidor que recebe reclamações e as encaminha para a devida resposta, operando como autêntico elo entre os envolvidos. Já Fact-Finding, ou levantamento dos fatos seria, nas palavras de José Maria Rossani Garcez,[33] o procedimento relativamente neutro, no qual alguém (o Fact-Finder), dotado de expertise, analisa e investiga os fatos da disputa e, ao final, prepara um relatório para as partes. Por fim, mas não menos importante, tem-se outro instrumento de potencial animador: a Facilitação[34], que nada mais é do que a assistência concedida às partes por terceiro, que favorece a construção da saída consensual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há um Código de Processo Civil brasileiro inovador, pós-moderno, com muitas oportunidades para que se aplique uma nova forma para se chegar à justiça do e no caso concreto. Uma delas passa, inevitavelmente, pelo tema da justiça multiportas.

---

[32] GARCEZ, José Maria Rossani. **ADRS**: Métodos alternativos de solução de conflitos: análise estrutural dos tipos, fundamentos e exemplos na prática nacional/internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 23.

[33] GARCEZ, José Maria Rossani. **ADRS**: Métodos alternativos de solução de conflitos: análise estrutural dos tipos, fundamentos e exemplos na prática nacional/internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 75.

[34] SCHWARZ, Roger. **The skilled facilitator**. San Francisco, CA: Jossey-Bass Publishers, 2002.

Naturalmente, a abertura, patrocinada pelo novo CPC, será concretamente positiva se - e somente se - for acompanhada de transformação cultural, no sentido de que os "players" se tornem menos adversariais, mais cooperativos e propensos a negociações de ganhos mútuos ("win-win"). Em caráter meramente ilustrativo, foram arrolados métodos complementares aos mais conhecidos (*Ombundsman*, *Fact-Finding* e Facilitação), todavia outras técnicas podem ser testadas, nos limites da Constituição da República Federativa do Brasil. Com esse espírito, a abertura a métodos alternativos de resolução dos conflitos fora do catálogo, reúne os predicados para se converter numa mudança normativa de alto valor.

Não ganha só o jurisdicionado com a implementação de tais técnicas, mas todos saem fortalecidos, em especial a cidadania que, por meio de soluções justas, pode atribuir a tão esperada paz social, um dos alicerces do próprio Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREWS, Neil. **Andrews on civil processes**: arbitration & mediation. vol. II. Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia, 2013.

BLAKE, Susan, BROWNE, Julie e SIME, Stuart. **The Jackson ADR Handbook**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

BROWN, Henry e MARRIOT, Arthur. **ADR Principles and Practice**. 3. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2011.

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

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COELHO, Fabio Alexandre. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

COCURUTTO, Ailton. **Fundamentos de direito processual civil**: teoria e prática. São Paulo: Malheiros, 2011.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DRAGOS, Darcian e NEAMTU, Bogdana (Eds.). **Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law**. Berlim: Springer, 2014.

FISCHER, Roger, URY, William e PATTON, Bruce. **Getting to Yes**: Negotiating agreement without giving in. 3. ed. Nova York: Penguin, 2011.

FIUZA, César. Algumas linhas de processo civil romano. *In:* FIÚZA, César (coordenador). **Direito processual na história**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Direito processual civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento e recursos. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, V.I.

GARCEZ, José Maria Rossani. **ADRS**: Métodos alternativos de solução de conflitos: análise estrutural dos tipos, fundamentos e exemplos na prática nacional/internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

JANDT, Fred. **Win-Win Negotiating**. Nova York: John Viley&Sons, 1987.

JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil**. 25. ed. Tradução de F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

HARVARD Business Review on Winning Negotiations. Boston: Harvard Business Review Press, 2011.

LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria geral do processo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LIMA, Fernando Antônio Negreiros. **Teoria geral do processo judicial**. São Paulo: Atlas, 2013.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Justicia colectiva**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEKKEL-MEADOW, Carrie J., PORTER LOVE, Lela, SHCHNEIDAER, Andrea K. E STERNLIGHT, Jean R. **Dispute Resolution**: Beyond the Adversarial Model. 2. ed, NY: Wolters Kluwer, 2010

MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *in* **Tempestividade e efetividade processual**: novos rumos do processo civil brasileiro. Geraldo Cordeiro Jobim; Marco Félix Jobim; Denise Estrela Tellini (Org.). Caxias do Sul: Plenum, 2010. p. 109-130.

MOFFIT, Michael e BORDONNE, Robert in **The Handbook of Dispute Resolution.** San Francisco: Jossey-Bass, 2007.

NETO, Adolfo Braga. Mediação de conflitos: conceitos e técnicas. *In:* SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coordenadores). **Negociação, mediação e arbitragem**: curso básico para programa de graduação em direito. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**, volume 1, tomo I: processo de conhecimento. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

STIPANOWICH, Thomas e LAMARE, Ryan Lamare in "Living with ADR: Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration, and Conflict Management in Fortune 1000 Corporations," **Harvard Negotiation Law Review**, Vol. 19, n.1, 2014.

SCHWARZ, Roger. **The skilled facilitator**. San Francisco, CA: Jossey-Bass Publishers, 2002.

TARTUCE, Fernanda. Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar? *In:* SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coordenadores). **Negociação, mediação e arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

VÉSCOVI, Enrique. **Teoría general del proceso**. Segunda Edición. Santa Fé de Bogotá – Colômbia: Editora Temis, 1999.

EDITORA UNIVERSITÁRIA DA PUCRS – EDIPUCRS

A Editora Universitária da PUCRS já publicou mais
de 1.500 obras impressas e mais de 250 livros digitais.

Siga a EDIPUCRS nas redes sociais, fique por dentro
das novidades e participe de promoções e sorteios.

www.pucrs.br/edipucrs

www.facebook.com/edipucrs

www.twitter.com/edipucrs

www.instagram.com/edipucrs

Para receber as novidades no seu *e-mail*, cadastre-se pelo nosso *site*
ou envie um *e-mail* diretamente para comunica.edipucrs@pucrs.br.

Acesse o *QR Code* abaixo e conheça os livros impressos,
os *e-books* pagos/gratuitos, os periódicos científicos,
os próximos lançamentos e os conteúdos exclusivos da EDIPUCRS.

Av. Ipiranga, 6.681 – Prédio 33
Caixa Postal 1429 – CEP 90619-900
Porto Alegre – RS – Brasil
Telefone: (51) 3320-3523
E-mail: edipucrs@pucrs.br